Das Problem des Embryos
im bürgerlichen Rechte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gustav Adolf Seehuber

aus Deggendorf

Rechtspraktikant am kgl. Bezirksamte Bad Tölz.

Approbiert am 1. Dezember 1910.

Amorbach.

Gottlob Volkhardt'sche Druckerei.

1911.

Referent: Professor Dr. J. Binder.

Meinem hochverehrten Freunde

Herrn kgl. Landgerichtsrat

Ludwig Hussong

in Deggendorf gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 9—11
(Zweck und Umfang der Abhandlung.)

I. Teil.

Das Alter des Rechtsinstitutes und seine hauptsächlichsten Erscheinungsformen in verschiedenen Rechtsordnungen.

1. Kapitel.

§ 2. Die allgemein-historische Grenzlinie des Rechtsinstitutes . . 12—13

2. Kapitel.

Die Berücksichtigung des nasciturus im römischen Rechte und deren Bedeutung als »Problem«.

§ 3. I. Das Zwölftafelgesetz . . . . . 14—16
§ 4. II. Positive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Rechtssätzen, die dem nasciturus gewidmet waren, im ersten Jahrhundert vor Christus . . . . . 16—17
§ 5. III. Die Fiktion des römischen Rechtes . . . . . 17—21

3. Kapitel.

§ 6. Der Embryo im gemeinen Rechte . . . . . 21—22

4. Kapitel.

§ 7. Die rechtliche Berücksichtigung des Embryos in den Partikularrechten . . . . . 22—26

5. Kapitel.

§ 8. Die Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuche . . . . . 26—27

II. Teil.

Darstellung und Prüfung bisheriger Erklärungsversuche und Theorieen.

1. Kapitel.

§ 9. Die Fiktionisten . . . . . 27—34

2. Kapitel.

§ 10. Darstellung derjenigen Theorieen, die in ihrem Endergebnis die Negierung jeglicher subjektiven Berechtigung bedeuten 34—43

Seite

3. Kapitel.

§ 11. Die Theorie der subjektlosen Rechte des nasciturus . . . . 43—46

4. Kapitel.

§ 12. Die der Theorie der subjektlosen Rechte gleichkommende Theorie der hereditas jacens . . . . . 46—50

5. Kapitel.

§ 13. Iherings »passive Wirkungen« der Rechte . . . . . 50—52

6. Kapitel.

»Künftige Rechte« und die »Bedingungstheorieen«.

§ 14. I. Künftige Rechte . . . . . 52—53
§ 15. II. Scheinbare Bedingungstheorie . . . . . 53—56
§ 16. III. Eigentliche Bedingungstheorie . . . . . 56—60
§ 17. IV. Theorie des Bedingungsanalogons . . . . . 61—62

7. Kapitel.

§ 18. Der Lösungsversuch des Problems durch die Konstruktion einer juristischen Persönlichkeit . . . . . 62—65

8. Kapitel.

§ 19. Die neue Lehre von den Vertreterrechten (Amtstheorie) . . 65—68

III. Teil.

Ein neuer Lösungsversuch des Verfassers.

1. Kapitel.

Die Entwicklung des Lösungsversuches.

§ 20. I. Die »Rechtsfähigkeit« und das »Rechtssubjekt« . . . 69—74
§ 21. II. Die Leibesfrucht des bürgerlichen Rechtes und ihre partielle Rechtsfähigkeit . . . . . 74—79
§ 22. III. Die »künftigen« Rechte der Leibesfrucht . . . . . 79—80
§ 23. IV. Die erbrechtliche Fiktion des § 1923 II B. G. B. . . . 80—81
§ 24. V. Besonderheit der partiellen Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht 81—82

2. Kapitel.

Die Konsequenzen der Theorie.

§ 25. I. Die Konsequenzen im materiellen Rechte . . . . . 82—83
§ 26. II. Die Konsequenzen im Prozeßrechte . . . . . 83—85

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten, 9. Aufl. 1877.

Bäsch, de XII tabularum lege a Graecis petita. Göttingen 1893.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes in besonderer Beziehung auf das preußische mit Einschluß des Handels- und Wechselrechtes, hgg. von Rassow und Küntzel. (zit. Gruchots B.). Bd. 29 und 37.

Bierling, Prinzipienlehre.

Biermann, Das bürgerliche Recht. Berlin 1908.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1901/05, 2 Bde.

Binder, Die Pleps. Leipzig 1909.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Binder, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1902, S. 518 ff.

Bruns, Fontes juris Romani antiqui, 6. Aufl., hgg. v. Mommsen und Gradenwitz. Freiburg 1893.

Caldemeyer, Die Rechtsstellung des nasciturus. Diss. Rostock, 1902.

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 2. Bd.

Ciceronis, M. Tullii opera rhetorica, rec. Friedrich. Leipzig 1903, 2. Bd.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. (Lehrbuch) 3./5. Aufl. Berlin 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 8. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl., Marburg 1908.

Gaupp-Stein, Kommentar zur C. P. O. des deutschen Reiches. 8./9. Aufl. Tübingen 1906, 1. Bd.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895 und 1905 (Bindings syst. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft [II, 3, I]).

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge, 2. Aufl. Mannheim 1900.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Stuttgart 1897.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Freiburg 1897.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts. Jena 1896.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, allg. Teil. München 1902.

Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.

v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1904.

v. Ihering, Geist des römischen Rechtes. 4. Aufl., Leipzig 1888, 3. Teil.
v. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1. F. 10., 2. F. 7. Bd.
Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechtes, 2. Aufl., Leipzig 1903.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Berlin 1906, 1. Bd.
Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin und Leipzig 1909.
Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Totgeburt. Diss. München 1876.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürg. Gesetzbuches f. das d. Reich und des preuß. allg. Landrechtes. Berlin 1900.
Mommsen, Th., Römisches Strafrecht in Bindings s. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft [I, 4], Leipzig 1899.
Morenz, Der privatrechtliche Schutz des nasciturus. Diss. Erlangen 1909.
Motive zum Entw. eines B. G. B. f. d. deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888, amtl. Ausgabe 1. Bd.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. Berlin 1909, 1. Bd.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B., allg. Teil, 2. Aufl. Berlin 1908; Schuldverh., 3./4. Aufl. Berlin 1910.
Pernice, M. Antistins Labes, Das römische Privatrecht im 1. Jahrh. der Kaiserzeit. Halle 1873, 1. Bd.
Petersen, Kommentar zur C. P. O. 1904.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1903/06, 1. und 4. Bd.
Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. Aufl., Graudenz 1901.
v. Roth, Bayrisches Civilrecht, hgg. v. Becher, 2. Aufl., Tübingen 1898.
Rudorff-Puchta, Pandekten. Leipzig 1866. 10. Aufl.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840. 2. Bd.
Seuffert, Kommentar zur C. P. O. 1907.
Sörgel, Rechtsprechung 1901/02.
Stammler, Unbestimmtheit des Rechtsubjekts in der Festschrift für die jurist. Fakultät Gießen. Gießen 1907.
Steinhausen, de legum XII tabularum patria. Greifswald 1887.
Struckmann-Koch, Kommentar zur C. P. O. 1910.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Leipzig 1863, 7. Aufl.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, 1. Bd., 9. Aufl. 1906.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, hgg. von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 18 u. 24.
Zitelmann, Das Recht des B. G. B., allg. Teil. Leipzig 1900.

Einleitung.

§ 1.

Zweck und Umfang der Abhandlung.

Dem menschlichen Embryo — um diesen kann es sich selbstverständlich in der gegenwärtigen Schrift nur handeln — oder nasciturus, einem Schmerzenskinde der konstruktiven Jurisprudenz,[1]) haben die namhaftesten Autoren[2]) in ihren Werken teils nur knappe Bemerkungen, teils aber auch ausführliche Betrachtungen gewidmet.

Das gegenwärtige Thema hat ferner bereits zwei Bearbeiter[3]) gefunden, die sich dadurch die Doktorwürde errungen haben. Dieser letztere Umstand versetzt mich als dritten Bearbeiter in ein einigermaßen peinliches Dilemma, denn bei dem Bestreben, die Gefahr zu vermeiden, langatmige und langweilige Wiederholungen zu bringen, erliegt man nur zu leicht einer anderen, nicht weniger schlimmen, die darin besteht, daß man unter den gegebenen Umständen das Thema nur fragmentarisch, statt in sich geschlossen und gerundet, erörtert.

Man könnte mir vielleicht den Vorwurf machen, daß ich Ueberflüssiges unternehme, nachdem doch das Thema

---

[1]) Insoferne hatte Stein in «Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 24 (1898), S. 219, freilich nur die prozessuale — allerdings von der zivilrechtlichen untrennbare — Seite des Problems meinend, unrecht, wenn er in seinen Bemerkungen zu dem Regierungsentwurfe vom 9. Dezember 1897, betreffend die Aenderung der Zivilprozeßordnung, der Meinung Ausdruck gab, die Wissenschaft werde um eine Konstruktion dieser »bedingten oder antizipierten Parteifähigkeit nicht verlegen sein.«

[2]) Siehe deren stattliche Reihe im Literaturverzeichnis dieser Arbeit.

[3]) Caldemeyer, Rudolf, Die Rechtsstellung des nasciturus. Dissertation, Rostock 1902 und

Morenz, Edwin, Der privatrechtliche Schutz des nasciturus. Dissertation Erlangen, 1909.

schon genügend be- und verarbeitet sei; diesen Einwand erwarte ich jedoch nur von Uneingeweihten, denn nur ein solcher kennt all die Schwierigkeiten und Irrtümer nicht, die gerade das gegenwärtige Problem hervorgerufen hat, weiß nichts von den divergierenden Meinungen, deren Zahl fast Legion ist, und kann anderseits nicht die Wichtigkeit der Frage begreifen.

Das Problem ist heute ebenso wenig gelöst wie im gemeinen Rechte. Die verschiedenen Autoren haben zwar die Frage nach den »Rechten des Embryos« zunächst präzisiert, vielleicht auch in manchem gefördert, aber nicht gelöst.

Von den beiden Monographieen legt die eine, die Caldemeyer zum Verfasser hat, zu viel Gewicht auf historische und legislative, die andere, welche Morenz bearbeitet hat, auf dogmatische Details fast rein deskriptiven Charakters.

Dagegen sei das erste und letzte Wort der gegenwärtigen Abhandlung **der kritischen Aufzeigung des Problems, sowie dem Versuche gewidmet, es auf einem neuen Wege restlos zu lösen!**

Aus dieser Formulierung ergeben sich folgende Richt- und Zielpunkte der Arbeit, deren zweckmäßige Begrenzung im einzelnen mir nicht immer leicht erschien.

1. So fest gefügt, wie der Stein in der Mauer des Hauses, liegt das einzelne Problem im System des Rechtes und so wenig der erstere, wenn er schadhaft und verbesserungsbedürftig ist, aus dem Gebäude genommen werden kann, ohne daß ein Teil des Ganzen abgetragen wird, so wenig ist die Lösung des letzteren ohne die Analyse einer Reihe von Elementen des Systems denkbar. Die Frage nach der Rechtsstellung des nasciturus nun ist aufs engste verquickt mit jenen Elementarbegriffen des Rechtes, deren Wichtigkeit und Wesen dem jungen Juristen schon in den ersten Vorlesungen eingeprägt zu werden pflegt und die der Anfänger vollkommen erfaßt zu haben und zu beherrschen glaubt: es sind die Begriffe des subjektiven Rechtes und des Rechtssubjektes.

Aber gerade das kritiklose Hinnehmen »feststehender Grundsätze« war und ist äußerst gefährlich für die Erkenntnis

wichtiger Erscheinungen des Rechts. Auch unser Problem litt unter jener Hartnäckigkeit, mit welcher die Wissenschaft einige Traditionen für unantastbar erklärt und infolgedessen in die peinliche Lage versetzt wird, auf eine Erkenntnis und Erklärung gewisser mysteriöser Gebiete schlechterdings verzichten zu müssen. Der einzige Schlüssel aber, ein legislatives fait accompli, eine »rechtliche Tatsache« erklären und in ihrem wahren Wesen erkennen zu können, liegt in der Analyse derjenigen Begriffe, aus denen sie geboren ist; werden sie erkannt, so fällt das Problem selbst wie eine reife Frucht vom Baume der Erkenntnis. Ich möchte daher schon jetzt darauf vorbereiten, daß einige »umstürzlerische Gedanken« nicht zu vermeiden sind, wenn die Lösung des Problems ernsthaft und herzhaft versucht werden soll.

2. Der Weg, auf welchem die Abhandlung zur Lösung schreitet, ist ungefähr folgender:

a) Im ersten Teil der Arbeit soll unter ausschließlicher Berücksichtigung dessen, was das Problem als solches berührt, gezeigt werden, daß das römische, gemeine und partikulare Recht das Institut zwar als eine legislative Schwierigkeit (Fiktion!), nicht aber als dogmatisches Problem erkannt haben.

b) Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Darlegung und eingehenden Kritik bisheriger Erklärungsversuche, während

c) der dritte Teil dazu dient, den eigenen Standpunkt und Lösungsversuch

α) im ersten Abschnitte zu entwickeln und

β) im zweiten die Konsequenzen dieser Theorie zu ziehen.

3) Soll aber die Abhandlung den normalen Rahmen einer Dissertation nicht überschreiten, so ist, was besonders historische und legislative, unbestrittene Einzelheiten anlangt, äußerste Beschränkung geboten, zumal, da die beiden oben erwähnten Monographieen sich schon genügend darüber verbreitet haben; nur Streitiges und Wichtiges soll Aufnahme finden.

I. Teil.

Das Alter des Rechtsinstitutes und seine hauptsächlichsten Erscheinungsformen in verschiedenen Rechtsordnungen.

I. Kapitel.

§ 2.

Die allgemein-historische Grenzlinie des Rechtsinstitutes.

In jenen Urzuständen der Menschheit, in denen der einzelne Mensch für sich noch nichts bedeutete, in jenen kollektivistischen Anfangsstadien, in welchen die Wirtschafts- und Rechtseinheit das Volk (die Horde), die Sippe, die Familie bildete, konnte naturgemäß ein »Rechtsinstitut des Embryos« noch nicht in Frage kommen. Denn wenn schon der lebende, einzelne Mensch nicht Rechtsträger war und sein konnte, um wieviel weniger mußte derjenige oder dasjenige bedeuten, was noch gar nicht Mensch war!

Trat der Embryo durch seine Geburt in die Gesamtheit der lebenden Rechtsgenossen ein, so partizipierte er als Mitglied dieser »Genossenschaft« eo ipso an dem Gemeinvermögen; fiel dagegen ein Genosse weg, so bedeutete das nichts mehr und nichts weniger, als daß ein Glied weggefallen ist: das Gesamtvermögen hatte einen Teilhaber weniger; es konsolidierte sich unter den lebenden Mitgliedern. Soviel steht also jedenfalls fest, daß die äußerste historische Grenzlinie der rechtlichen Berücksichtigung der Leibesfrucht nicht vor dem Uebergange des Kollektivismus zum Individualismus[1]) liegen kann.

Aber die beiden Grenzen fallen nicht zusammen, die beiden Entwicklungen gehen nicht parallel nebeneinander

[1]) Vgl. über den Uebergang des »Zustandes des Gesamtseins« zum »Zustande des Einzelseins« v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1904, 1. Bd., S. 22 ff.

her, vielmehr ist die Spezialisierung der Rechte nur bedingend für die Entwicklungsmöglichkeit des Rechtsinstitutes, das den Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung bildet.

Freilich, nachdem einmal der einzelne Mensch als Rechtsträger Anerkennung gefunden hatte, war der Schritt zur Berücksichtigung des werdenden Menschen nicht mehr weit.

Ist es jedoch richtig, daß die rechtliche Bedeutung der Person tatsächlich mit der Ausbildung seiner Menschenpersönlichkeit wächst — und das wird man dann nicht bestreiten, wenn man bedenkt, wie wenig doch das Kind im allgemeinen im Rechtsleben bedeutet —, so ist es um so begreiflicher, daß der erst werdende Mensch eine verhältnismäßig nur untergeordnete Rolle in der positiven Rechtsordnung zu spielen geeignet ist; seine größte — wenn auch nicht ausschließliche — Bedeutung wird auf jenem Gebiete liegen, wo es nicht auf eigenes Handeln und Unterlassen ankommt; da, wo der Rechtsperson — jetzt abgesehen von Annahme und Ausschlagung — Rechte ohne ihr Zutun anfallen, nämlich auf dem Gebiete des Erwerbes von Todeswegen, fühlte man am ersten die Ungerechtigkeit, die darin lag, den Geborenen zu bedenken, den vielleicht eine Minute später Geborenen als rechtlich bedeutungslos zu erklären.

Mit anderen Worten: Die Domäne des nasciturus liegt auf dem Gebiete des Erbrechts.

Und eben deswegen ist den bodenständigen germanischen Rechten, die ein Erbrecht im individualistischen Sinne nicht kannten, das Rechtsinstitut bis zur Rezeption des römischen Rechtes fremd geblieben. Soweit also altes Recht für die gegenwärtige Arbeit in Frage kommt, wird nur das römische und partikulare Recht Berücksichtigung finden; zunächst soll die Frage untersucht werden, wann das Rechtsinstitut seinen Einzug in das römische Recht gehalten hat.

2. Kapitel.

Die Berücksichtigung des nasciturus im römischen Rechte und deren Bedeutung als „Problem".

§ 3.

I. Das Zwölftafelgesetz.

Vor dem Zwölftafelgesetze gab es in Rom nur ungeschriebenes Gewohnheitsrecht, wenn wir von der sagenhaften Königszeit absehen wollen, aus welcher Fragmente angeblicher Rechtsaufzeichnungen größtenteils sakralen Inhaltes im »jus Papirianum« gesammelt gewesen sein sollen.

Das erste »Volksgesetz« war ohne Zweifel die lex duodecim tabularum; sie war ja gerade deswegen geschaffen worden, weil ein bis dahin unterdrückter Teil des Volkes, die plebs, um ein geschriebenes Recht mit der Energie derjenigen kämpfte, welche nichts zu verlieren, sondern nur zu gewinnen hatten, um die patrizischen Beamten zu einer konsequenten, »gesetz«-mäßigen Amtsführung zu zwingen.[1])

Die lex XII tabularum ist demnach die erbittert erkämpfte schriftliche Fixierung der bis dahin in Rom allmählich entstandenen Gewohnheitsrechtssätze, die allerdings, wenn man der allgemein verbreiteten Entstehungsgeschichte Glauben schenken darf, stark von griechischem,[2]) besonders athenisch-solonischem Geiste influenziert worden zu sein scheinen.

Leider sind die Ueberreste, die uns von dem Gesetze erhalten sind, nur mittelbar, in einzelnen Quellenstellen äußerst fragmentarisch eingestreut, überliefert.

Aus ihnen geht jedoch mit Bestimmtheit hervor, daß

---

[1]) Vgl. darüber Näheres bei Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechtes, 2. Aufl., Leipzig, 1903; besonders über Inhalt und Alter, auch über neuere Versuche die Geschichtlichkeit der 12 Tafeln überhaupt zu läugnen, Binder, Die Plebs, Leipzig 1909, § 18, S. 488 ff.

[2]) Der Einfluß griechischen Rechtes wird allerdings, wohl mit Unrecht, geläugnet von Steinhausen, de legum XII tabularum patria, Greifswald 1887 und Bäsch, de XII tabularum lege a Graecis petita, Göttingen 1893.

das Zwölftafelgesetz, also wohl auch das vor ihm geltende Gewohnheitsrecht und die bei der Abfassung des ersteren Gesetzes mitbenutzten griechischen Gesetzgebungen, von einer rechtlichen Berücksichtigung des nasciturus noch nichts gewußt haben. Nicht nur, daß in keinem einzigen uns überlieferten Fragmente der Zwölftafeln nur ein Wort von dem nasciturus die Rede ist[1]), wir haben in den späteren Quellen, im corpus juris civilis, positive Anhaltspunkte dafür, daß der Ungeborene in diesen primitiven Stadien des römischen Rechtslebens noch keine Berücksichtigung gefunden hat; eine ganz naturgemäße Tatsache; denn ein Volk in den Anfängen seiner Entwicklung wird sein Augenmerk zunächst nur auf Dinge richten, die klar und greifbar in der Außenwelt in sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsformen treten. Alles andere dagegen, was eine kompliziertere Denkoperation und Abstraktion erfordert, kommt dem noch unentwickelten Volke nicht zum Bewußtsein.

Diese völkerpsychologische Tatsache, auf den konkreten Fall des nasciturus angewendet, sowohl als auch eine jedenfalls genauere Kenntnis von dem wirklichen Inhalte des Zwölftafelgesetzes ist deutlich in den Worten Julians in l 6 D 38, 16 deponiert: ».... quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.« Damit ist der Meinung vorbehaltlos und entschieden Ausdruck verliehen, daß das Zwölftafelgesetz den Ungeborenen erbrechtlich nicht berücksichtigte. Nur eine alles zersetzende Skepsis den Quellen gegenüber kann über diesen Wortlaut und Sinn dieser Stelle hinweggehen und kurzweg etwas anderes »vermuten.« Es besteht wahrhaftig kein begründeter Anlaß, dem mit aller Bestimmtheit ausgesprochenen Satze Julians zu mißtrauen. Pernice[2]) allerdings zweifelt überraschenderweise, ob

---

[1]) Vgl. den Text des Zwölftafelgesetzes bei Bruns, Fontes juris Romani antiqui, 6. Aufl., hgg. v. Mommsen und Gradenwitz, 1. Teil, Freiburg 1893, S. 15 ff.

[2]) Pernice, Marcus Antistius Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Halle, 1873, 1. Bd., S. 196 ff.

Vgl. auch Binder, Plebs, S. 51.

nicht doch schon die Zwölftafeln eine Bestimmung des Inhaltes enthalten haben, der postumus solle mit seiner Geburt Erbe werden.

Auf die eben erwähnte Stelle folgt ein Satz des Juristen Celsus: »vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur« (l 7 D 38,16) Gerade diese beiden Stellen, rechtshistorisch und grammatikalisch miteinander verglichen, ergeben die Richtigkeit der von mir aufgestellten Behauptung, daß den Zwölftafeln die rechtliche Berücksichtigung des nasciturus fremd war. Julianus hat den Standpunkt des Gesetzes präzis formuliert, während Celsus' Satz, nichts von den Zwölftafeln verratend, nicht für die Zeit dieses Gesetzes, sondern für eine spätere Zeit galt.

§ 4.

II. Positive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Rechtssätzen, die dem nasciturus gewidmet waren, im ersten Jahrhundert vor Christus.

Mit der Kodifikation des Gewohnheitsrechtes in den Zwölftafeln ist die Fortentwicklung des Rechtes nicht einen Augenblick stehen geblieben; es musste allmählich an Stelle des strengen und engen formalistischen Standpunktes eine etwas weitherzigere Jnterpretation treten. Die Zwölftafeln hatten den lapidaren Satz aufgestellt, an dem nicht zu deuteln und zu rütteln ist: »si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto« und weiter: »si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.« Da nun sui heredes nur diejenigen waren, qui in potestate morientis fuerunt, so war der nasciturus nicht Erbe.

Man empfand aber wohl bald die große Ungerechtigkeit, die darin lag, daß das zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht geborene, aber schon gezeugte Kind hinter den adgnati und gentiles zurücktreten mußte, d. h. überhaupt nicht erben konnte.

Man wird daher schon frühzeitig an die Beseitigung dieser offenbaren Härte gegangen sein, was um so leichter

geschehen konnte, als es dazu keines eigenen Gewohnheitsrechtssatzes bedurfte, vielmehr eine ungezwungene, extensive Interpretation des geschriebenen Rechtes genügte, um den Embryo als ein in der Natur existierendes Wesen und als suus auch den zu betrachten, der im Falle der Geburt ein solcher wird.

Daß diese naheliegende Interpretation zur Zeit Ciceros bereits abgeschlossen war, dafür entnehmen wir ein argumentum a fortiori aus einem Werke des großen Redners selbst. In seinem Buche »de oratore«[1]) fragt er: »Num quis eo testamento, quod pater familias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit?« und antwortet selbst darauf: »nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum.« Es war also ein Testament zu Zeiten Ciceros dann nichtig, wenn ein suus nasciturus im Testamente nicht berücksichtigt worden war, woraus folgt, daß die Erbfähigkeit, ja das Noterbrecht des nasciturus längst unumstößliches Dogma geworden war.

Wann freilich innerhalb der beiden Zeitgrenzen, dem ersten und fünften Jahrhundert vor Christus, der nasciturus rechtliche Berücksichtigung fand, ist und wird dunkel bleiben, wenn uns nicht ein glücklicher Zufall in den Besitz neuen Quellenmaterials setzt. Es ist auch nicht gerade von grundlegender Bedeutung, den Zeitpunkt festzulegen, wann diese Entwicklung abgeschlossen war; interessanter und wichtiger ist die Frage, in welcher Erscheinungsform das Rechtsinstitut im römischen Rechte auftritt; sie zu betrachten, wissenschaftlich zu erkennen und zu kritisieren, wird unsere nächste Aufgabe sein.

§ 5.

III. Die Fiktion des römischen Rechtes.

Die Römer erkannten selbstverständlich die legislativen Schwierigkeiten, welche der nasciturus dem wohlgefügten Rechtssystem bereitete. Er sollte rechtlich berücksichtigt werden und war doch kein Rechtssubjekt; denn die Formel,

[1]) M. Tullii Ciceronis opera rhetorica, rec. Wilhelm Friedrich, Leipzig, 1893, vol. II: de oratore lib. I, cap. 57, § 241, S. 59.

daß nur der Mensch, das lebende Individuum, Rechtsträger sein könne, stand unerschütterlich fest. Aber so engherzig und anpassungsunfähig an die Forderungen der fortschreitenden Zeit waren die Römer nicht, daß sie über wissenschaftlichen Träumereien die Stimme der Gerechtigkeit überhört hätten. Und sie hatten ja ein treffliches Mittelchen, um widerspenstige Neuerscheinungen des Rechtslebens in das alte System zu zwängen, um rasch ein praktisch brauchbares und praktisch notwendiges Institut einem bereits bestehenden anzupassen und dogmatisch unter einen Oberbegriff subsumieren zu können: Die Fiktion. Sie ist im römischen Rechte keineswegs eine seltene Erscheinung.

Sie ist nun zwar ein bequemer technischer Notbehelf bei der Schaffung neuen Rechtes,[1]) vom erkenntnistheoretischen und rechtswissenschaftlichen Standpunkte aus aber gibt es schlechthin keine Fiktion, da letztere eben die Unwahrheit als Wahrheit proklamiert, während es doch die Aufgabe der Wissenschaft ist, den Dingen auf den Grund zu gehen und die Wahrheit zu erforschen. Gerade die Fiktion, für den Gesetzgeber ein Mittel, um ein neues, unbekanntes Problem, das in der Entwicklung ungeahnt emportaucht, noch nicht in seinem wahren Wesen erfaßt werden kann, dennoch bereits zu verwerten und nutzbar zu machen, ist für die Wissenschaft der Prüfstein dafür, ob sie den Fragen, die das Leben und die unaufhaltsam vorwärts drängende Zeit stellen, gerecht zu werden weiß und den Schleier, den die Fiktion über die Wahrheit breitet, zu lüften imstande ist.

Die Römer sind bei der Technik stehen geblieben. Ohnehin nicht sehr befreundet mit erkenntnis-theoretischen Philosophemen — es ist kein bloßer Zufall, daß Rom arm

---

[1]) Vgl. Näheres über den Begriff und die Aufgabe der Fiktion bei Ihering, Geist des römischen Rechtes, 4. Aufl., Leipzig 1888, 3. Teil, S. 301 ff., womit ich mich leider nicht eingehender befassen kann.

Vgl. auch Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. X (1871), S. 390, Note 2.

Vgl. zur Lehre von den Fiktionen auch Bernhöft, in der Festschrift für Bekker 1907, S. 241 ff., dessen Ausführungen keineswegs in allen Punkten beizutreten ist.

an tiefen Philosophen geblieben ist —, haben sie auch in der Jurisprudenz und Gesetzgebung einen mehr praktischen, auf das Natürlich-Anschauliche gerichteten Sinn bewiesen.

Daß aber die Fiktion des nasciturus nicht so einfacher Natur ist wie eine gewöhnliche, etwa die fictio legis Corneliae, wird das Folgende darlegen.

Für die Römer war, wie gesagt, der nasciturus weder als natürliches noch als künstliches, »juristisches« Rechtssubjekt vorhanden. Einen glänzenden Beweis dafür gibt die strafrechtliche Tatsache, daß die Abtreibung durch die Mutter keine Strafe nach sich zog. Dies aber folgern wir mit voller Bestimmtheit per argumentum e contrario aus dem Umstande, daß auf Grund einer Kindsabtreibung durch die Mutter nur der Mann einen Ehescheidungsgrund erlangte und daß bei einer Reihe römischer Schriftsteller, die der Dekadenz ihres Volkes teils in satirischer Weise, wie Juvenal, teils aber auch mit sehr ernsten und eindringlichen Worten, wie Tacitus, Einhalt gebieten wollten, das Laster der Abtreibung als Immoralität gebrandmarkt, nirgends aber als Verbrechen bezeichnet wird und zu ihrem Leidwesen nicht als solches geahndet wurde.[1]) Erst seit der Wende des zweiten Jahrhunderts wurde die Abtreibung unter die lex Cornelia de siccariis et veneficiis subsumiert, das geschah aber lediglich im Interesse der Mutter.[2]) Damit, daß die Römer den Embryo nicht einmal strafrechtlich schützten, ist außer jeden Zweifel gestellt, daß sie von einer Qualifikation des ersteren als Rechtssubjekt im »natürlichen« oder »konstruktiven« Sinne nichts wußten und wissen wollten.

Einen zivilrechtlichen Beweis involviert die Tatsache, daß der nasciturus keinen tutor, sondern nur einen curator haben konnte. Nur der pupillus konnte sich durch einen tutor

---

[1]) Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft (I,4), Leipzig 1899, S. 636 ff. und die dort in Note 7 angeführten Stellen aus Juvenal und Tacitus.

[2]) Vgl. Paulus in l 38 § 5 D 48,19: Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur. Quodsi eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.

vertreten lassen. Der pupillus ist eine Spezies des Genus: Rechtssubjekt. Nach l 161 D 50,16 non est pupillus, qui in utero est. Gehört der Embryo aber nicht zur Spezies, dann noch weniger zum Genus. L 20 D 26,5 vertritt daher mit unanfechtbarer Folgerichtigkeit den Standpunkt: »ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest.«

Damit aber der Embryo als rechtsunfähiges Wesen dennoch »zu seinem Rechte« kam, halfen sich die Römer durch eine eigenartige Fiktion; sie bewegte sich nämlich nur in ganz engen Anwendungsgrenzen; nur in einzelnen Beziehungen wurde fingiert, der nasciturus sei bereits natus, sei bereits ein Rechtssubjekt. Sie war auch, wie ich auf Seite 13 bereits angedeutet habe, in größerem Umfange unnötig; denn der nasciturus, in allen nur erdenklichen Rechtsbeziehungen als natus fingiert, hätte ein äußerst fragwürdiges Dasein geführt.

Es sei demnach als erste Besonderheit der Fiktion festgestellt, daß sie partieller Natur in dem eben erwähnten Sinne ist.

Die Aufzählung der einzelnen Materien des römischen Rechtes, bei welchen diese fictio partialis mit größerer oder geringerer Deutlichkeit und Schärfe einsetzt, unterlasse ich schon aus dem Grunde, um nicht relata referre,[1]) besonders aber deshalb, weil diese Einzelheiten das Problem als solches durchaus nicht berühren.

Eine zweite Merkwürdigkeit der Fiktion liegt in ihrem retrotraktiven Charakter, der darin besteht, dass der nasciturus als natus nicht in dem Momente fingiert wird, in welchem der Erwerb der Rechte in Frage steht, sondern daß erst dann, wenn er natus geworden ist, fingiert wird, er sei schon früher, nämlich damals, als die Rechte angefallen wären, geboren gewesen. Ein negatives Analogon hiezu bietet das jus postliminii der fictio legis Corneliae.

Das retrotraktive Moment in der Fiktion ist dann er-

[1]) Ich kann, was die objektiv feststehenden Rechtsinstitute betrifft, auf deren Zusammenstellung bei Caldemeyer und Morenz verweisen; mit ihrer rechtlichen Auffassung der Fiktion kann ich mich freilich, wie das Nachfolgende zeigen wird, nicht einverstanden erklären.

klärlich, wenn man sich dessen bewußt ist, daß es dem Rechte nicht um den Embryo als solchen, sondern um den werdenden Menschen zu tun ist; ob aber der nasciturus ein werdender Mensch war, zeigt sich eben erst dann, wenn er wirklich geboren wird. Mit anderen Worten: Die Anwendung der Fiktion findet nur dann statt und hat nur dann einen Sinn, wenn ihre Voraussetzungen sinnlich wahrnehmbar werden, die in der Geburt bestehen.

Es ist aber nicht so, als ob die Rechte dem natus als schon im embryonalen Zustande angefallen angenommen würden; nein, der Erwerb der Rechte erfolgt erst im Momente der Geburt.

Ob nun die Rechte als subjektlose »aufbewahrt werden« oder ob es sich dabei um irgend eine andere Rechtsfigur handelt, wurde von den Römern nicht untersucht. Ein Problem des nasciturus im modernen Sinne gab es demnach für das römische Recht nicht.

Diese aus den bisherigen Erörterungen gewonnene Erkenntnis genügt, um weitere Untersuchungen im römischen Rechte für die gegenwärtige Abhandlung, der es eben gerade um das Problem zu tun ist, abzulehnen.

---

3. Kapitel.

§ 6.

Der Embryo im gemeinen Rechte.

Die einzelnen Bestimmungen, die sich im corpus juris civilis über den nasciturus finden, haben alle einen gemeinsamen Grundgedanken, der sich dahin präzisieren läßt, daß dem nasciturus Vorteile aufbewahrt werden, die er genösse, wenn er schon früher das Licht der Welt erblickt hätte. In allen Fällen handelt es sich um ihm günstige Bestimmungen, eine Tatsache, die nach dem Rezeptionsprozeß in Deutschland zur Formulierung eines viel mißbrauchten, in der Tat auch mißverständlichen Rechtssprichwortes Anlaß gegeben hat, das in dieser Allgemeinheit wohl niemals

gegolten und Anwendung gefunden hat. Die Parömie — mehr Bedeutung ist ja dem Satze nie zugekommen — lautete: »nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur.«

Es handelte sich lediglich um eine dogmatische Fiktion,[1]) nicht um eine Gesetzesnorm.

Soviel ist gewiß, daß die Fiktion des römischen Rechtes im gemeinen Rechte fortgewirkt hat. Dem Problem selbst hat uns letzteres keinen Schritt näher gebracht. Das gemeine Recht hat sich damit begnügt, daß es die Rechtssätze des römischen Rechtes in eine bequeme Formel kleidete; selbstschöpferisch hat es sich, wie in vielen anderen Materien, so auch hier nicht betätigt.

Dagegen hat die Wissenschaft des gemeinen Rechtes bereits die Schwierigkeiten erkannt, die das Rechtsinstitut der Dogmatik bereitete. Ihre Lösungsversuche hängen jedoch mit den modernen Problemen und Theorieen so untrennbar zusammen, daß sie erst mit den letzteren behandelt werden können.

4. Kapitel.

§ 7.

Die rechtliche Berücksichtigung des Embryos in den Partikularrechten.

Es ist selbstverständlich, weil in dem Wesen des Rechtsinstitutes begründet, daß die partikulären Gesetzgebungen Deutschlands im allgemeinen nicht grundlegende Verschiedenheiten normierten, um so selbstverständlicher, wenn man bedenkt, daß wohl die meisten unter dem Banne der gemeinrechtlichen Parömie gestanden sind. Warum das germanische Recht keine Anregung zu gesetzgeberischer Tätigkeit gab und geben konnte, hängt, wie ich schon auf Seite 13

[1]) Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 8. Aufl., S. 119, Note 17a und die hier angegebene Literatur, besonders Pernice, Labeo, Bd. I, S. 203.

ausgeführt habe, mit der geringen Ausbildung des deutschen Erbrechtes zusammen.

So muß denn auch von den deutschen Partikularrechten dasselbe wie vom gemeinen Rechte gesagt werden: sie haben die Lösung des Problems nicht nur nicht versucht, sondern sie haben es gar nicht als solches erkannt. Das, worum es ihnen zu tun war, war die Normierung einer Regel, welche die einzelnen Rechtsschutzbestimmungen in sich aufzunehmen und auf ein vernünftiges Maß zurückzuführen geeignet war. Es tobte mancher Kampf um eine »zutreffende Beschränkung« der gemeinrechtlichen Parömie, an eine, wie ich später nachzuweisen gedenke, notwendige Reform des Rechtsinstitutes, der Parömie selbst, dachte man nicht, eine Folge jenes übertriebenen Kultes, den man mit dem römischen Rechte zu treiben pflegte. Eine Gesetzgebung, die preußische, hat allerdings einen schüchternen Emanzipationsversuch gewagt; es ist jedoch beim Versuche geblieben.

Im Nachfolgenden sollen die Partikularrechte im einzelnen skizzenhaft, ohne auf Interpretationsstreitigkeiten einzugehen, der Vollständigkeit der Abhandlung halber, behandelt werden.

1. Das bayrische Landrecht. Nicht nur, um chronologisch vorzugehen, nenne ich an erster Stelle das bayrische Landrecht, dessen wesentlichsten Bestandteil der Codex Maximilianeus bavaricus civilis vom 2. Januar 1756 bildet, sondern vornehmlich aus dem Grunde, weil gerade hier der Einfluß der römisch-rechtlichen Fiktion und der gemeinrechtlichen Parömie sowohl dem Inhalte wie sogar dem Wortlaute der Bestimmung nach sehr deutlich zu spüren ist; denn fast wortgetreu wird in Teil I, cap. 3, § 2, Nr. 3 des Codex Maximilaneus bavaricus civilis das Rechtssprichwort des gemeinen Rechtes in folgender Fassung wiederholt: »Ungebohrne oder im Mutterleib liegende (Embriones, spes Animantis, Posthumi) werden (3tio) für gebohren erachtet, wenn es ihr Nutzen also erfordert, und die lebendige Geburt wirklich darauf erfolgt ....« Das bayrische Landrecht hat somit die denkbar weiteste Grenze des Rechtsschutzes des nasciturus gezogen. Im einzelnen waren die Interpreten

uneins über die Tragweite der Bestimmung. Eine Hauptkontroverse erhob sich darüber, ob nach der genannten Stelle nicht auch der nondum conceptus erbberechtigt sei. Dieser Ansicht war z. B. Kreittmayr.[1]) Die überwiegende Meinung entschied sich jedoch in richtiger Erkenntnis des wahren Wesens und des Zweckes des Rechtsinstitutes dahin, daß nach dieser Stelle nur derjenige — testamentarisch und gesetzlich — erbberechtigt sei, der wirklich schon ein nasciturus, d. h. ein werdender Mensch, war. Dieses Beispiel zeigt, welche Schwierigkeiten die gesetzlichen Bestimmungen bereiteten. Da aber alle diese einzelnen Kontroversen nur mehr ein rein historisches Interesse beanspruchen können und unser Problem selbst nicht zu fördern geeignet sind, so liegt es mir ferne, in epischer Breite sie auszuführen. Wichtig und interessant für den Zweck dieser Arbeit ist nur folgendes:

a) Die Wiedergabe des Wortes »nasciturus« mit »Ungebohrner« ist sehr zutreffend und zwar deshalb, weil dadurch angedeutet wird, daß es sich für das Recht um den Embryo nur in seiner Eigenschaft als Ungeborener, in der Zukunft geboren Werdender, handelt. »Ungeboren« ist ein substantiviertes Adjektiv, zu welchem als ergänzendes Hauptwort das Substantivum »Mensch« gehört. Es ist somit, ob bewußt oder unbewußt, mag dahingestellt bleiben, präzis ausgedrückt, daß der Rechtsschutz nur um des geboren werdenden Menschen willen gegeben wird. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Bezeichnung nicht gewählt, was bedauert werden muß.

b) Der frühere Sprachgebrauch, der sich häufig in schwülstigen Tautologien gefiel, fand es für nötig, der gemeinrechtlichen Parömie noch die Klausel hinzufügen zu müssen, daß der Schutz nur dann eintrete, wenn die lebendige Geburt wirklich darauf erfolge. Es sei aber ausdrücklich festgestellt, daß — trotz des Konditionalsatzes — das bayrische Landrecht nicht im entferntesten an eine Bedingung

[1]) Vgl. v. Roth, Bayerisches Zivilrecht, hgg. von Becher, 2. Aufl., Tübingen, 1898; 3. Teil, I. Abteilung 1, § 325, S. 107, Anm. 28 und die hier zitierte Anmerkung Kreittmayrs zum bayr. Landrecht.

dachte; denn die rechtliche Konstruktion machte den Schöpfern dieses Gesetzes keinerlei Kopfzerbrechen. Die römisch-rechtliche fictio partialis retrotraktiven Charakters fristete ihr Mumiendasein im bayrischen Rechte ebenso wie in vielen anderen Gesetzgebungen weiter.[1])

2. Andere Partikularrechte, das badische Landrecht von 1809 und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1863, trafen im Prinzipe nicht sehr von einander und von den Bestimmungen des bayrischen Landrechtes abweichende Anordnungen.[2])

3. Das allgemeine preußische Landrecht, das am Ende des 18. Jahrhunderts als das Produkt einer wissenschaftlichen Richtung entstanden ist, die sich vom Althergebrachten losreißen wollte, enthielt im § 10 des ersten Teiles des ersten Titels einen Satz, der zwar in seiner allgemeinen Fassung deswegen bei der exakten Wissenschaft anrüchig geworden ist, weil er »naturrechtlichen Anschauungen« huldigte, in seiner Bedeutung für das gegenwärtige Problem aber nicht zu unterschätzen ist. Der Satz lautete: »Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis« und meinte mit den »allgemeinen Menschenrechten« die sogenannten »Grund- und Urrechte«.

Das heutige Bürgerliche Gesetzbuch weist eine Stelle auf, die eine gewisse Aehnlichkeit mit den preußischen Grundrechten nicht verleugnen kann und die der heutigen Dogmatik nicht geringe Schwierigkeiten bereitet. Ich denke an B. G. B. § 823 Abs. 1, der bei Verletzung der Freiheit, Gesundheit, des Körpers oder Lebens dem Verletzten einen Schadensersatzanspruch gewährt. Es hat sich nun in der Literatur eine Minderheit von Autoren gefunden, welche die

---

[1]) Vgl. Eingehenderes bei v. Roth-Becher, a. a. O. §§ 325, bes. Anm. 28, 338, bes. Anm. 35; § 379, bes. Anm. 3. Bestimmungen über den nasciturus finden sich im C. M. b. c. in I, cap. 3, § 2 Nr. 3; I, cap. 4, § 10; III, cap. 1, §§ 12, 13; III, cap. 3, § 14, Nr. 1 u. 2; III, cap. 6, § 5, Nr. 2; III, cap. 12, § 2, Nr. 5.

[2]) Die Bestimmungen des bad. Landrechts finden sich in 906, 577cs, 393, die des sächs. B. G. B. in §§ 32, 1995 ff., 2008, 2293, 2344.

Rechte auf die in dem Paragraphen genannten Lebensgüter als wirkliche, subjektive Rechte ansprechen.[1]) Ob diese Minderheit Recht hat, will ich hier nicht entscheiden. Soviel steht aber, wie die Tatsache lehrt, fest, daß man diese Meinung haben kann. Ebenso sicher ist es, daß das preußische Landrecht in den allgemeinen Menschenrechten gewisse, dem »Naturrecht« entspringende, subjektive Berechtigungen anerkennen wollte. Und so kommen wir zu dem Resultat, daß die genannte Gesetzgebung den nasciturus in dieser Beziehung bereits als Rechtsträger aufgefaßt wissen wollte, eine Tatsache, die zur Lösung des Problems im modernen Rechte zwar nicht notwendig ist, jedoch fördernd wirkt.

Die Bestimmungen des preußischen Landrechtes sind als ein gewisser Fortschritt nicht zu verkennen; inwiefern, kann erst später dargelegt werden.

Dagegen ist es zivilrechtlich über die auch in anderen Partikularrechten geltenden Bestimmungen nicht hinausgekommen.[2])

5. Kapitel.

§ 8.

Die Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Um den Vorwurf der Unvollständigkeit zu vermeiden, verweise ich an dieser Stelle kurz auf die Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch der »Leibesfrucht« widmet, bevor ich mich in die Auseinandersetzung mit alten und neuen Theorien einlasse; auf nähere Ausführung kann ich jedoch deshalb nicht eingehen, weil ich gezwungen wäre, bei der Darlegung meines Standpunktes das meiste einfach zu wiederholen.

[1]) Vgl. übrigens die auch praktisch schon brennend gewordene Frage, scharf präzisiert, eingehend erörtert und mit reichhaltigen Literaturangaben versehen, bei Oertmann, Kommentar zum B. G. B., Berlin, 1910, 3. Aufl., S. 1054 ff., Anm. zu § 823 I.

[2]) Vgl. die einzelnen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen im preußischen Landrechte.

Das B. G. B. trifft in begrenztem Maße Fürsorge für den nasciturus. Es gibt ihm ein testamentarisches und gesetzliches Erbrecht (1923 II), einen Alimentationsanspruch gegenüber einem anderen, der seinen, des nasciturus', Unterhaltspflichtigen getötet hat (844 II), verstärkt und bekräftigt den Schutz durch die eventuelle Beigabe eines Pflegers zur Wahrung der Rechte (1912) und trifft noch sonstige Schutzmaßregeln.

Die einzelnen Gesetzesstellen scheinen unter sich widerspruchsvoll und nicht auf einen Grundgedanken zurückzuführen zu sein; sie haben zu vielen Kontroversen Anlaß gegeben; diese sowohl wie damit im Zusammenhange die gemeinrechtlichen Ansichten von der rechtlichen Natur des Institutes sollen im nächsten Teile ausführlich geschildert und geprüft werden.

II. Teil.

Darstellung und Prüfung bisheriger Erklärungsversuche und Theorieen.

I. Kapitel.

Die Fiktionisten.

§ 9.

Eine Anzahl von Autoren, welche den Embryo zum Gegenstande rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gemacht haben, erklärten die Fiktion des gemeinen oder heutigen bürgerlichen Rechtes (1923 II) und sind über diese Erklärungsversuche nicht hinausgekommen. Von ihnen kann nicht behauptet werden, daß sie eine »Theorie« in des Wortes eigentlichster Bedeutung geschaffen hätten. Andere dagegen

haben im Anschlusse an die Gesetzesfiktionen in der Tat »Theorieen« aufgestellt. Um nun diese beiden Gruppen von Schriftstellern unter einer Bezeichnung nennen zu können, habe ich — gleichsam als vox media — den Ausdruck »Fiktionisten« gewählt, der im übrigen in der Literatur, soviel ich weiß, nicht üblich ist.

1. Der erste, der in den dem nasciturus gewidmeten Rechtssätzen eine Schwierigkeit für die Dogmatik erblickte, aber mit seinen Mitteln vergeblich zu beseitigen versuchte, war Savigny.[1]) Der große Rechtshistoriker war zu sehr Historiker, als daß er sich von der römisch-rechtlichen Fiktion hätte losringen können. Er suchte seine Aufgabe darin, die Fiktion zu erklären und ihren Umfang, d. h. ihr Geltungsgebiet, festzustellen; dem hinter der Fiktion stehenden Problem selbst aber ging er nicht nach, leicht begreiflich, wenn man Savignys Standpunkt gegenüber denjenigen Rechtsbegriffen kennt, die für die Erkenntnis des juristischen Wesens des nasciturus von grundlegender Bedeutung sind. Seine Neigung zur rein romanistischen Rechtsauffassung war der Grund einer, ich möchte sagen, juristisch-anthropocentrischen Rechtsanschauung. Daß das Recht ein Gesellschaftsprodukt, ein Erzeugnis des Menschen als ξῶον πολιτικόν ist, wird kaum jemand bestreiten; es ist von Menschen geschaffen worden und auch kraft der egoistischen Natur des Menschen um desselben willen. In diesem Sinne ist natürlich der anthropocentrische Standpunkt der einzig vernünftige und berechtigte. Savigny begrenzt jedoch den Grund des Rechtes dergestalt, daß er sagt: »Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammenfallen mit dem Begriffe des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.«[2]) Gerade darin, in dieser Formulierung, erblicke

[1]) Vgl. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, Berlin, 1840, 2. Bd., S. 2 ff.

[2]) Vgl. v. Savigny, a. a. O., S. 2.

ich den anthropocentrischen Standpunkt Savignys, ein Standpunkt, der in der Rechtswissenschaft nicht weniger gefährlich und schädlich ist, wie er in anderer Form in der Naturwissenschaft die Menschheit Jahrtausende hindurch in Unkenntnis und Unklarheit gehalten hat. Wenn freilich Savignys Prämisse richtig wäre, daß Zweck und Grund des Rechtes in der ethischen Natur des Menschen zu suchen wären, dann wäre auch die apodiktische Formel des Gelehrten richtig. Es ist jedoch das Recht um der Existenzmöglichkeit des einzelnen gegenüber der Gesellschaft und der Gesellschaft gegenüber dem einzelnen willen vorhanden. Das Recht hat nicht schon »natürliche Rechtssubjekte« (ein Widerspruch in sich selbst!) vorgefunden, sondern hat den einzelnen erst dadurch zum Rechtssubjekte gestempelt, daß es ihm Berechtigungen gewährte und Pflichten auferlegte — und so entstand das Rechtssubjekt. Es war und ist eine Schöpfung des Rechtes. Darauf muß ich später noch zurückkommen.

Für Savigny und mit ihm für viele andere ist nun gerade wegen seiner Auffassung vom Rechtssubjekte das Problem des nasciturus auf keinem anderen Wege als dem der Fiktion lösbar. Für ihn ist die Rechtsfähigkeit eine Eigentümlichkeit, eine rechtliche Eigenschaft des Menschen. Er sagt aber weiter: »Indessen kann dieser ursprüngliche (!) Begriff der Person durch das positive Recht zweierlei, in der aufgestellten Formel bereits angedeutete (?), Modifikationen empfangen, einschränkende und ausdehnende. Es kann nämlich erstens manchen einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit ganz oder teilweise versagt werden. Es kann zweitens die Rechtsfähigkeit auf irgend etwas außer dem einzelnen Menschen übertragen, also eine juristische Person künstlich gebildet werden.«[1])

Ich finde darin einen unaufklärbaren Widerspruch; denn wenn die Rechtsfähigkeit wirklich »ursprünglich« ist, wenn sie wirklich ein Ausfluß der ethischen Natur des Menschen ist, so kann ihm diese Eigenschaft nicht genommen werden, da sie ja das Recht schon vorgefunden hat und ebensowenig

---

[1]) Vgl. Savigny, a. a. O.

negieren kann, wie die Eigenschaft des Menschen, sprechen zu können. Ebensowenig kann anderseits eine Eigenschaft des Menschen anderen Dingen verliehen werden, die nicht Menschen sind. So rächt sich denn Savignys Formel und Auffassung allenthalben; sie rächt sich auch beim nasciturus. Savigny folgert konsequent: ». . . . Wenn also die allgemeine Frage wegen der Rechtsfähigksit eines ungeborenen Kindes aufgeworfen wird, so ist diese entschieden zu verneinen, indem dasselbe weder Eigentum, noch Forderungen, noch Schulden haben kann.«[1])

Es bleibt ihm somit kein anderer Ausweg, als auf künstliche Weise das zu konstruieren, was sich natürlicherweise unter den ihm wie ein Axiom dünkenden, oben angegebenen Satz subsumieren läßt. Er hilft sich aber nicht etwa durch Schaffung eines künstlichen, »juristischen« Rechtssubjektes, sondern dadurch, daß er Tatsachen, die nicht existieren »fingiert«. Morenz[2]) irrt, wenn er annimmt, Savigny hätte den nasciturus als juristische Person aufgefaßt. Der Embryo figuriert weder in dem von Savigny äußerst ausführlich behandelten System der juristischen Personen[3]) als fingiertes Rechtssubjekt, noch wollte er da, wo er vom Embryo spricht, ihn als juristische Person betrachtet wissen; die Eigentümlichkeiten, die Savigny dem nasciturus zuschreibt, passen für keinen von ihm aufgestellten Typus einer juristischen Person. Savigny, der ausdrücklich eine strafrechtliche und eine zivilrechtliche Fiktion unterscheidet, wollte in privatrechtlicher Beziehung jene partielle, retrotraktive Fiktion charakterisieren, von der ich oben gesprochen habe, ohne nur im mindesten daran zu denken, den nasciturus als juristische Person zu erklären. Savigny sagt daher: »Die Fiktion bezieht sich vorsorgend auf das bevorstehende, wirkliche Leben des Kindes, und zwar auf zweierlei Weise: teils durch Anstalten, wodurch dieses Leben schon gegenwärtig vor der Vernichtung geschützt werde, teils durch Anweisung von Rechten, in welche das Kind gleich bei seiner Geburt eintreten könne.

[1]) Savigny, a. a. O., S. 13.

[2]) Morenz, a. a. O., S. 42 und 43.

[3]) Vgl. Savigny, a. a. O., S. 235—373.

Ueberall also beschränkt sich diese Fiktion auf den Vorteil des Kindes.«[1])

Savigny ist demnach weit davon entfernt, den nasciturus als künstliches Rechtssubjekt anzuerkennen; die Rechte werden nicht eher erworben, als bis der Embryo ein »natürliches Rechtssubjekt«, d. h. Mensch, geworden ist. Der Gedankengang Savignys ist vielmehr etwa folgender und er sei, damit Irrtümer über seine und meine Auffassung über seine vermieden werden, festgestellt:

a) Der nasciturus ist kein Rechtssubjekt, da er nicht Mensch ist; denn nur Menschen können Rechtssubjekte sein. Er ist auch kein künstliches Rechtssubjekt, da er nicht als solches proklamiert ist.

b) Es werden ihm aber Rechte »aufbewahrt«, die er erworben hätte, wenn er früher geboren worden wäre.

c) Wird er lebendig geboren, so tritt er in die ihm aufbewahrten Rechte als Rechtssubjekt ein und er wird nun

d) jetzt, im Momente der Geburt, als ein bereits in der Vergangenheit existiert habendes Rechtssubjekt gedacht, fingiert, nicht aber etwa in dem Sinne, als hätte er nun die Rechte auch früher erwerben können oder wirklich erworben, sondern nur deshalb, damit die im Zeitpunkte der Nichtexistenz eines Rechtssubjektes angefallenen Rechte wirklich als Rechte des später entstandenen Rechtssubjektes betrachtet werden können. Der Embryo selbst erwarb gar keine Rechte und es wird, wenn er Mensch wird, nicht fingiert, er habe sie schon früher, als sie anfielen, erworben.

Fingiert wird demnach erst dann, wenn der nasciturus ein natus geworden ist; nur übt die Möglichkeit, daß später fingiert werden müsse, jetzt schon gewisse »negative« Wirkungen aus, während die Fiktion selbst ihre volle Kraft erst im Momente der Geburt entfaltet. Morenz[2]) mißversteht Savigny, wenn er annimmt, es würden nach ihm »zwischen dem fingierten Rechtsträger und der Außenwelt (?) Rechtsverhältnisse entstehen und bestehen bleiben, wenn die Fiktion

---

[1]) Savigny, a. a. O., S. 13.

[2]) Morenz, a. a. O.

nicht zusammenbreche, wenn sie nicht ihrer notwendigen Grundlage, der Erwartung (? die Erwartung bildet wohl keinesfalls die Grundlage, sondern die wirkliche Geburt) auf die lebendige Geburt, beraubt würde.«

Savigny dagegen ist der Ansicht, daß für den Fall, daß der nasciturus natus wird, keine Rechte entstanden sind, bis nicht der Zeitpunkt der Geburt eingetreten ist. Es ist wohl zu bemerken, daß es sich bei Savigny keineswegs um die Fiktion eines Rechtssubjektes, um die Konstruktion einer juristischen Persönlichkeit handelt. Es wird nicht in der Gegenwart ein Rechtssubjekt fingiert, damit es jetzt schon Rechte erwerben könne, obwohl erst später ein »natürliches Rechtssubjekt« entsteht, sondern es wird die Tatsache fingiert, es sei schon früher der Geburtsakt eingetreten, damit die aufbewahrten Rechte überhaupt als Rechte des erst später, nach ihrer Entstehung entstandenen Rechtssubjektes gelten können. Es steht demgemäß keine Rechtsfiktion, sondern nur eine Tatsachenfiktion in Frage. Der Unterschied zwischen beiden zeigt sich deutlich in der Konsequenz: bei der ersteren, wenn ein Rechtssubjekt fingiert wird, werden die Rechte schon im Falle ihrer Entstehung erworben, während im letzteren Falle die Rechte erst später, bei der Geburt, erworben werden.

Mit dieser Erklärung der römisch-rechtlichen Fiktion erledigt sich Savignys Stellungnahme zum nasciturus in dogmatischer Hinsicht. Die Frage, die sich bei seiner Untersuchung sofort aufdrängt, ob nämlich dem Embryo die Rechte als subjektlose aufbewahrt werden, oder wie diese Erscheinung sonst zu erklären ist, hat sich Savigny nicht gestellt, geschweige denn beantwortet. Er kann als Typus der Fiktionisten insoferne gelten, weil ihm mit der Begründung und Aufzeigung der Fiktion keine Frage mehr bleibt.

2. Was Savigny meinte, das spricht Sturm[1]) in ent-

[1]) Sturm, Muß das Leben und der Tod bewiesen werden, in den »Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts«, hgg. von Rassow und Küntzel (gew. zitiert: Gruchots Beiträge), 3. Folge, 2./3. Heft, XXIX. (Jahrgang 1885), S. 278 ff.

schiedener Form aus. Er läugnet die Rechtssubjektsqualität des nasciturus und stellt sich in schroffen Gegensatz zu denjenigen, welche den Ungeborenen für eine juristische Person halten. Auch er kennt nur zweierlei Rechtssubjekte: die natürliche und die juristische Rechtsperson. Was einerseits nicht ausdrücklich als juristische Person durch die Rechtsordnung anerkannt, anderseits nicht eine natürliche Rechtspersönlichkeit, d. h. Mensch ist, scheidet für ihn ohne Frage aus dem Kreise der Rechtssubjekte aus, demgemäß auch der erst werdende Mensch. Sturm ist Savigny'scher Auffassung, wenn er sagt: »Der Ungeborene erwirbt nicht Rechte, sondern die Rechte sind ihm nur vorbehalten und zwar nicht in seiner Eigenschaft als Ungeborener, sondern immer in der Voraussetzung, daß er dereinst durch die Geburt Rechtsfähigkeit erlangt.«

In diesem Satze eines Fiktionisten offenbart sich eine Kette innerer unlösbarer Widersprüche. Der Gedankengang, der nicht überall in gleicher Schärfe hervortritt, ist etwa folgender:

a) Es sind Rechte vorzubehalten, d. h., also es sind Rechte vorhanden und diese sollen »aufbewahrt«, »vorbehalten« werden.

b) Sie werden aber nur unter einer gewissen Voraussetzung aufbewahrt, nämlich nur für den Fall, daß der nasciturus dereinst lebendig oder lebensfähig (die große Streitfrage der Notwendigkeit der Vitalität im gemeinen Rechte interessiert hier nicht weiter) geboren wird.

c) Dem Wortlaut nach handelt es sich demnach um eine resolutiv bedingte Fiktion, welche entfällt, wenn ihre Voraussetzung, die lebendige Geburt, entfällt.

d) Dem Sinne nach liegt jedoch eine suspensiv bedingte Fiktion vor; denn die Fiktion tritt erst mit ihrer ganzen Kraft dann ein, wenn der Embryo Mensch wird. Jetzt erst hat sie Sinn und Wert; jetzt erst handelt es sich darum, zu fingieren, der nasciturus sei schon früher geboren gewesen.

Man könnte vielleicht entgegnen: Das »Vorbehalten« der Rechte zeigt eben schon, daß jetzt fingiert wird. Nein, das Vorbehalten ist nur die Folge davon, daß die Möglich-

keit während des embryonalen Daseins besteht, daß fingiert werden muß, daß die Voraussetzung der Fiktion, d. h. das Lebendiggeborenwerden, wirklich eintritt.

So erklären die Fiktionisten die Fiktion. Was aber mit den Rechten in der Zwischenzeit wird und ist, darüber machen sie sich keine Gedanken. So kompliziert und gekünstelt der ganze Apparat ist, mit welchem sie das Rechtsinstitut erklären wollen, so wenig führt er an ein Ziel, kommt er zu einem annehmbaren Resultat.

Die beiden von mir angeführten Vertreter der stattlichen Reihe der Fiktionisten stellen also bei ihren Erörterungen einzig und allein auf die Fiktion ab. Die nächsten Ausführungen sollen denen gewidmet sein, denen es um die Ergründung des Wesens des nasciturus und seiner Berechtigungen selbst zu tun war.

---

2. Kapitel.

§ 10.

Darstellung derjenigen Theorieen, die in ihrem Endergebnis die Negierung jeglicher subjektiven Berechtigung bedeuten.

Die Vertreter dieser Theorieen unterscheiden sich von den vorhin genannten, die übrigens nur für das gemeine Recht gesprochen haben, nur dadurch, daß sie, der Fiktion bei der Untersuchung über das juristische Wesen des Embryos das Hauptgewicht beilegend, die Folgerung ziehen, während des Fötalzustandes könne von Rechten, von irgendwelchen subjektiven Berechtigungen des nasciturus, keine Rede sein.

1. In erster Linie ist Enneccerus zu nennen.[1]) Er ist mit der Fiktion des Bürgerlichen Gesetzbuches insoferne einverstanden, als es eine Beschränkung gegenüber der gemeinrechtlichen getroffen hat: »Mit Recht hat daher das B. G. von der Aufstellung einer allgemeinen Regel abgesehen.

[1]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 3. Aufl., Bd. I, S. 190 ff. (Marburg 1908.)

Es schützt die Interessen des Erzeugten durch Einzelbestimmungen, deren analoge Anwendung natürlich nicht ausgeschlossen ist.« Und nun zählt er diese Einzelbestimmungen in drei Gruppen auf, deren letzte die Bestimmung des § 844 II B. G. B. ist. Seine Stellungnahme zum Problem erledigt er bei der Darlegung der ersten Gruppe der Schutzbestimmungen, indem er sagt: ».... Damit ist aber nicht gesagt, daß die Leibesfrucht in allen diesen Beziehungen (nämlich in den §§ 1923 II, 2108 und 2178) schon als Rechtssubjekt zu betrachten sei, sondern nur, daß dem später Geborenen seine Rechtsstellung in Bezug auf Erbfolge, Nacherbfolge und Vermächtnis nicht dadurch beeinträchtigt werden soll, daß er zur Todeszeit des Erblassers noch nicht geboren, sondern nur erzeugt war.« An den Ausführungen Enneccerus' ist zunächst zu rügen, daß er nur die erbrechtlichen Bestimmungen einer Untersuchung würdigt, während die obligationenrechtliche des § 844 II B.G.B. in der Luft hängt. Gilt für sie auch die Fiktion des Erbrechts? Liegen hier die Verhältnisse gleich? Zum zweiten ist seine unvollständige Lösung wohl auch unrichtig.

Vorweg sei bemerkt, daß Enneccerus bei der erbrechtlichen Fiktion nicht als von einer dogmatischen spricht, wie Morenz[1]) annimmt, er macht im Gegenteil einen bedeutsamen Unterschied zwischen der gemeinrechtlichen und der heutigen, bürgerlich-rechtlichen Fiktion. Er vergleicht die beiden nur insoferne, als er in beiden Fällen die Anwendungsnotwendigkeit »ohne jede Prüfung des Falles« negiert;[2]) er bezweifelt die legislative Struktur der Fiktion des B. G. B. keinen Augenblick.

Nun fühlt man freilich bei Gegenüberstellung Savigny'scher Auffassung und derjenigen, die Enneccerus vertritt, einen bedeutsamen Unterschied heraus. Während ersterer nach der Möglichkeit des Bestehenbleibens von Rechten während des Fötalzustandes gar nicht fragt, sondern sie einfach supponiert, geht Enneccerus tiefer und erklärt, während des Embryonalstadiums seien noch keinerlei Rechte und

[1]) Morenz, a. a. O., S. 55.

[2]) Enneccerus, a. a. O., Anm. 2.

Berechtigungen vorhanden. Die Vertreter dieser Ansicht (es sind außer Enneccerus noch einige andere zu nennen) sind, obwohl sie immer noch auf die Fiktion als das Hauptmoment des Problems abstellen und infolgedessen zu der in der gegenwärtigen Abhandlung auf S. 27 f. genannten zweiten Gruppe der »Fiktionisten« zu rechnen sind, dennoch in einem eigenen Kapitel behandelt, da ihren Forschungsergebnissen bereits der Name »Theorie« zugebilligt werden kann, wenn sie auch, wie das Nachfolgende zeigen will, unhaltbar sind.

Denn nach der Ansicht Enneccerus' würde die Fiktion geradezu eine rechtsgestaltende Kraft haben. Man hat sich die Entwicklung folgendermaßen zu denken:

a) Im Erbrecht: Wenn der Erblasser unter Hinterlassung eines nasciturus stirbt, so hat letzterer zunächst noch keinerlei Rechte; wird nun aber der nasciturus als lebendiger Mensch geboren, so wirkt gewissermaßen dieses Ereignis im Zusammenhalte mit der nun einsetzenden Fiktion rechtsschöpferisch, rechtsgestaltend auf die Verhältnisse ein; es entstehen Rechte, die bisher noch nicht einmal in ihrem Keim vorhanden waren.

b) Im Obligationenrecht: Wenn A den B getötet hat, der dem Embryo E gegenüber unterhaltungspflichtig geworden wäre, so ist bei dem Tode des B noch nicht die Spur eines Rechtes vorhanden; erst die Geburt des E bewirkt, daß mit einem Schlage ein Anspruch aus dem Nichts aufersteht; es fragt sich freilich, ob Enneccerus die Fiktion auf das Obligationenrecht übertragen wissen will. Aber wie wollte er sonst den Standpunkt verteidigen, daß keinerlei subjektive Berechtigung während der Zwischenzeit vorhanden sei? Die Fiktion ist eben nach Enneccerus dazu da, um der Geburt eines Embryos unter der Voraussetzung, daß er Rechte erhalten hätte, wenn er schon früher geboren worden wäre, eine gewisse Wirkung beizulegen, nämlich wie durch ein Wunder Rechte zu schaffen. Mit anderen Worten: Die Fiktion ist nach dieser Ansicht nicht zu dem Zwecke da, um zu erklären, daß der Embryo in dem Momente, in dem er Mensch wird, Rechte hat, die sonst für ihn auf immer verloren gewesen wären, sondern sie hat nach der eben dargelegten

Ansicht die Funktion, bisher nicht vorhandene Rechte zu erzeugen.

2. Gleicher Anschauung, wie Enneccerus, ist Leske,[1]) wenn auch sein Standpunkt nicht gerade sehr klar hervortritt. In seinen interessanten Vergleichungen der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des preußischen allgemeinen Landrechtes konstruiert er einen dogmatischen Gegensatz heraus zwischen der Auffassung des Wesens des nasciturus im B. G. B. und im A. L. R.: »Während (ferner) das Landrecht im Anschluß an den Satz: nasciturus pro jam nato habetur etc. die dem ungeborenen Kinde zukommenden Rechte auf den Fall vorbehält, daß es lebendig zur Welt kommt, geht das B. G. B. davon aus, daß eine Leibesfrucht nicht Trägerin von Rechten sein kann, weil sie kein Mensch und deshalb nicht rechtsfähig ist.«

a) In diesem Satze ist zunächst eine Unrichtigkeit zu konstatieren. Wie in den §§ 6 und 7 der gegenwärtigen Abhandlung festgestellt wurde, ist das gemeine Recht ebenso weit wie das preußische A. L. R. davon entfernt gewesen, dem nasciturus Rechtssubjektsqualität beizulegen. Die Gegenüberstellung Leskes ist demnach ungerechtfertigt.

b) Ferner liegt in seiner Behauptung ein Widerspruch, denn einerseits behauptet er im Konjunktionalsatz, daß das gemeine Recht und das A. L. R. dem nasciturus Rechte »vorbehielten«, nicht schon »gaben«, anderseits will er durch den gegensätzlichen Hauptsatz sagen, daß nach gemeinem und allgemeinem Landrechte der nasciturus als Rechtssubjekt angesprochen worden sei.

c) Im übrigen, was die Bekämpfung seiner Ansicht von dem Mangel jeder subjektiven Berechtigung des nasciturus anbelangt, darf ich auf meine obigen Ausführungen verweisen.

3. Diese Negationstheorie hat nun einen weiteren Verfechter gefunden, der sie in scharfsinniger Weise auszubauen

[1]) Vgl. Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des preußischen allgemeinen Landrechts (III. Bd. der »vergleichenden Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und der Landesrechte«, bearbeitet von v. Buchka, Förtsch und Leske), 1./2. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1, § 7, S. 28.

und zu begründen suchte, in Hölder.[1]) Nach ihm wirkt das Vorhandensein eines nasciturus überhaupt nicht positiv, sondern nur negativ. Hölder sagt: ».... Die Möglichkeit zukünftigen Lebens des Konzipierten hat also für die Gegenwart die negative Bedeutung, den vorläufigen Ausschluß solcher Rechtsverhältnisse anderer Personen zu begründen, die nicht vereinbar sind mit der dem Konzipierten für den Fall seiner Geburt vom Rechte zugedachten Stellung« und er stützt sich dabei besonders auf Ulpian, 1 30, § 1 D de adq. her. 29, 2. Der Wortlaut dieser Stelle sei angeführt, damit ihre Ungeeignetheit als Stütze eines Beweises für Hölders Auffassung in die Augen falle: »Quod dicitur: »proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem, potest« accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum, si fuerit editus, pro jam nato habetur idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessionem.«

a) Wenn Hölder sich zur Begründung seiner Theorie auf die eben angegebene Pandektenstelle beruft, so ist dem entgegenzuhalten, daß sich ihr Inhalt in der Erläuterung jener Bestimmung erschöpft, daß der nächste Erbe nach dem nasciturus die Erbschaft nicht antreten könne, solange die Frau schwanger sei oder für schwanger gehalten werde; es werden hier die negativen Wirkungen der Konzeption erklärt, gewiß, aber es soll doch damit nicht eine restlose Darstellung des gesamten Rechtsinstitutes des nasciturus und seiner Bedeutung gegeben werden. Ulpian will nicht im mindesten eine rein negative Wirkung im Falle des Vorhandenseins eines nasciturus proklamieren. Hölder beruft sich daher mit Unrecht auf Ulpian als Gewährsmann.

---

[1]) Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, München 1902, Bem. 8 zum B. G. B., § 1, S. 71 f.

b) Gewiß muß man Hölder darin Recht geben, daß das Vorhandensein eines nasciturus negative Wirkungen ausübt, nicht aber darin, daß er glaubt, es übe nur negative Wirkungen aus.

Es entsteht die Frage: Auf wen werden denn diese negativen Wirkungen ausgeübt? Doch wohl auf diejenigen, welche dem nasciturus für den Fall, daß er lebendig geboren wird, weichen müssen. Und sind diese negativen Wirkungen nicht vielleicht nur Reflexerscheinungen positiver subjektiver Berechtigungen? Ich erinnere z. B. daran, daß das Eigentum, das Forderungsrecht, ja schlechthin jede subjektive Berechtigung auf solche Personen, die diese nicht haben, eine negative Wirkung ausübt, indem die Zugriffsmöglichkeit von anderer Seite verhindert wird. Die negative Wirkung von Rechtssätzen ist demgemäß im allgemeinen eine Begleiterscheinung positiver Berechtigungen. Wie der Schatten nicht ohne das Licht, das Spiegelbild ohne reellen Gegenstand denkbar ist, ebenso wenig sind im allgemeinen »negative Rechtswirkungen« denkbar, ohne daß nicht auf der anderen Seite eine positive Berechtigung stünde. Und so ist denn auch die negative Wirkung beim nasciturus nicht, wie Hölder meint, eine Folge der Konzeption, die einzige Folge derselben, vielmehr ist sie ihrerseits wieder eine Folge und Begleiterscheinung der positiven subjektiven Berechtigung des nasciturus. Hölder hat nur die mittelbaren Wirkungen der Konzeption berücksichtigt, während er die unmittelbaren außer acht läßt. Außerdem klärt er mit seiner Theorie nicht die Frage auf, wie es denn kommen könne, daß der natus Rechte erwirbt, obwohl beim Anfall der Rechte noch kein Berechtigter vorhanden gewesen ist. Es ist hierin Hölder der gleiche Vorwurf zu machen, wie Enneccerus und Leske.

c) Mit der negativen Wirkung kann es nicht abgetan sein, wenn das eben Gesagte richtig ist. Und vollends, was soll die rein negative Wirkung der Konzeption im Falle des § 844 II B.G.B.? Entweder nimmt Hölder in diesem Beispiele an, es sei hier auch von einer negativen Wirkung nicht die Rede, dann gilt das eben zu b) Ausgeführte. Oder er betrachtet hier als die negative Wirkung die Verpflichtung

desjenigen, der schadenersatzpflichtig ist, dann führt er sich damit selbst ad absurdum, denn jeder Verpflichtung steht — abgesehen von wenigen, positiv bestimmten Fällen, wie z. B. der Auflage — eine subjektive Berechtigung gegenüber. Hölder selbst schweigt sich über den Fall des § 844 II aus: Seine Theorie ist, wie auch seine Berufung auf Ulpian zeigt, nur auf die erbrechtlichen Bestimmungen zugeschnitten und nicht einmal darauf paßt sie, geschweige denn auf die obligationenrechtlichen.

d) Dazu kommt noch eines. Hölder sagt weiter: »Positive Rechtsverhältnisse können um eines noch nicht existierenden Menschen willen deshalb bestehen, weil das Bedürfnis besteht, die tatsächliche Realisierung der für den Fall seiner Existenz ihm zukommenden rechtlichen Stellung schon jetzt sicherzustellen. Dieses Bedürfnis kann nicht nur um bestimmter, bereits konzipierter, sondern um beliebiger, möglicher Weise in Zukunft existierender Menschen willen bestehen, und die denselben dienenden Rechtsverhältnisse sind nicht Rechtsverhältnisse jener Menschen, so daß ihre Existenz zwar auf rechtlicher Berücksichtigung zukünftiger Menschen, aber nicht auf deren rechtlicher Behandlung als bereits existierender beruht.«

Für Hölder besteht demgemäß keinerlei Unterschied zwischen der rechtlichen Stellung eines nasciturus und eines nondum conceptus, was die positiven Rechtsverhältnisse anbelangt. Er ignoriert also den Unterschied, den das Gesetz zwischen den beiden Rechtsinstituten macht. Aus dem § 2101 B. G. B., nach welchem ein nondum conceptus nur Nacherbe, keinesfalls Erbe sein kann und aus vielen anderen Bestimmungen geht doch mit Evidenz hervor, daß es sich um abweichende Rechtsverhältnisse handelt. Das B. G. B. hätte, wenn die Ansicht Hölders richtig wäre, nicht spezielle Vorschriften für den nasciturus zu machen gebraucht. Die Tatsache, daß es aber besondere Bestimmungen getroffen hat, ist ein genügendes Argument dafür, daß die Rechtsstellung eines nasciturus anders aufzufassen und zu bewerten ist, wie die des nondum conceptus. Man hat letzteren als möglichen Nacherben berücksichtigt; als Erbe dagegen figuriert er im

B. G. B. nicht, weil sonst zwischen seiner Berufung und dem Erbfall ein rechtliches Vakuum entstehen würde, was beim nasciturus ängstlich, fast zu ängstlich, wie später dargetan werden wird, vermieden worden ist, damit ja der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Aufeinanderfolge von Erbfall und Berufung nicht Schaden leidet. Nach Hölder aber entsteht beim nasciturus eine rechtsleere Zeit zwischen dem Todesfalle und der Geburt des Nochnichtgeborenen, ein Zustand, der dem positiven Rechte fremd ist.

Aus den zu a) bis d) aufgeführten Gründen geht wohl das eine unzweifelhaft hervor, daß Hölders Negationstheorie nicht befriedigen kann und daß sie an den Bestimmungen des positiven Rechtes scheitert.

e) Hölder hat inzwischen in seinem Werke »Natürliche und juristische Personen«[1]) eine neue Lehre über das Wesen der juristischen Person verkündet und darin auch gelegentlich zum Problem des nasciturus Stellung genommen. Seine Grundanschauung, daß der Embryo keinerlei subjektive Berechtigung erwirbt, ist die gleiche geblieben; von einem Erbschaftserwerb des nasciturus sieht Hölder völlig ab: »Und doch erfolgt die seinem Pfleger (§ 1912) zukommende Verwaltung der Erbschaft, die, wenn es zu seiner Geburt kommt, die seinige wird, um seinetwillen.[2]) Für die zu d) behandelten »positiven Rechtsverhältnisse« (S. 40) wird ein Pfleger aufgestellt, der das »interimistische Amtsvermögen« des nasciturus verwaltet. Hölder, der auch hier nur einseitig die erbrechtlichen Bestimmungen berücksichtigt, hat auch durch seine neue Lehre die Lösung des Problems nicht gefördert.

4. Im selben Sinne, jedoch weniger deutlich, hat sich Biermann[3]) für den Mangel jeglichen subjektiven Rechtes des nasciturus ausgesprochen: »In allen diesen Fällen sind noch keine Rechte vorhanden, auch keine subjektlosen Rechte, vorhanden sind lediglich rechtliche Bindungen.« Diese Bindungen Biermanns sind nichts weiter als die »negativen

[1]) Leipzig 1905.

[2]) Hölder, n. u. j. P., S. 328.

[3]) Biermann, Bürgerliches Recht, Berlin 1908, 1. Bd., § 118, S. 429.

Wirkungen« Hölders. Nur für andere entstehen Pflichten, positive Rechte für den nasciturus jedoch nicht. Es mögen Biermanns[1]) eigene Worte sprechen: »Da wo gemeinhin oder von einzelnen subjektlose Rechte angenommen werden, sind entweder Rechtssubjekte vorhanden — so ist es bei den juristischen Personen — oder es sind überhaupt keine Rechte oder noch keine Rechte vorhanden, so verhält es sich z. B. mit den sogenannten Rechten des Embryos und noch nicht einmal Erzeugter. Das was hier vorliegt, sind rechtliche Bindungen, Auferlegung rechtlicher Pflichten. Die Rechtsordnung erschöpft sich eben durchaus nicht in der Verleihung subjektiver Rechte. Fälle, in denen das Gesetz nur Rechtspflichten auferlegt, ohne zugleich subjektive Rechte zu gewähren, sind auch sonst keineswegs selten.«

Dazu ist folgendes zu bemerken:

a) Auch Biermann übersieht den grundlegenden Unterschied, der zwischen der Rechtsstellung eines nasciturus und der eines nondum conceptus besteht. Ich verweise auf meine Ausführungen auf Seite 40 und 41.

b) Zur Behauptung Biermanns, daß das Gesetz vielfach Pflichten ohne Rechte kenne, möchte ich das von mir auf Seite 39 zur Ansicht Hölders Vorgebrachte wiederholt haben. Außerdem berufe ich mich zur Bekräftigung meiner Anschauung auf folgenden Satz Gierkes:[2]) »Befugnisse und Pflichten stehen in untrennbarem äußerem Zusammenhange: jeder Befugnis des einen entspricht eine Pflicht des anderen oder anderer, und umgekehrt.« Gierkes Ansicht ist auch die meinige mit der Einschränkung, daß es in der Tat gewisse, positiv bestimmte Rechtspflichten gibt, denen kein Rechtsanspruch, keine subjektive Berechtigung gegenübersteht, wie das z. B. im Falle der Auflage gesetzlich normiert ist.[3]) Im allgemeinen aber ist Gierkes Behauptung zutreffend. Aus diesen Gründen sowohl, wie auch deswegen, weil positive

---

[1]) Biermann, a. a. O., § 32, S. 97.

[2]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht; Leipzig 1895, 1. Bd., § 28, S. 255 und die hierzu angegebene Literatur, besonders Bierling, Prinzipienlehre, 1. Bd., S. 169 f.

[3]) Vgl. § 1940 B. G. B.

Anhaltspunkte für das Vorhandensein von wirklichen Rechten des nasciturus in der Rechtsordnung sich finden, sind die Meinungen der in diesem Kapitel genannten Autoren abzulehnen.

3. Kapitel.

§ 11.

Die Theorie der subjektlosen Rechte des nasciturus.

Von der richtigen Erkenntnis ausgehend, daß die Wirkungen des Vorhandenseins eines Embryos in rechtlicher Beziehung keineswegs nur negativer Natur seien, erklärte eine Anzahl von Schriftstellern »die Rechte« des nasciturus als subjektlose.

1. Für das gemeine Recht ist vor allem Windscheid zu nennen, der es als erster unternommen hat, die »Rechte« des nasciturus zu erklären. Er deduziert[1]) mit scheinbar zwingender Logik: »Der Mensch ist fähig, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubjekt zu sein, er ist rechtsfähig, von dem Augenblicke seiner Existenz an .... Das Kind im Mutterleibe ist noch nicht Mensch .... Fallen (daher) dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben .... Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie einstweilen als subjektlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden.«

a) Die Quelle des Fehlers Windscheids liegt wohl in jener anthropocentrischen Rechtsauffassung, von welcher ich bei Savigny oben bereits sprach. Auch bei ersterem ist das Rechtssubjekt κατ' ἐξοχήν der Mensch: »Nun aber ist es eine Tatsache, daß Rechte vorkommen, welche an einen Menschen als ihr Subjekt nicht angeknüpft sind. Von mehr unterge-

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, 1. Bd., § 52, S. 125, 126.

ordneter Bedeutung ist, daß Rechte bestehen können in Erwartung, daß ein Mensch als ihr Subjekt eintrete.«[1])

Wenn demnach für ein Recht ein Mensch als Träger nicht vorhanden ist, so ist es nach Windscheid eigentlich subjektlos, aber »ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl sucht auch hier für die Rechte ein tragendes Subjekt und findet dasselbe in einer künstlich, durch Gedankenoperation geschaffenen, einer vorgestellten Person.«[2]) Das ist eben die juristische Person. Bei einer dritten Kategorie von Rechten, die freilich »von untergeordneter Bedeutung« ist, wird nach Windscheid auch nicht eine Person hinzugedacht, nämlich bei den »Rechten des nasciturus«. Dieser Ausdruck: »Rechte des nasciturus« ist für Windscheid ungenau, da sie nicht etwa dem nasciturus zustehen, sondern eben als subjektlose, bis zur Zeit der Geburt des Embryos fortbestehen. Wenn nun Morenz[3]) behauptet, »im letzten Ende komme auch Windscheid auf die Fiktionstheorie zurück« und bei den Anhängern der »Fiktionstheorie« von einem »fingierten Rechtsträger«[4]) spricht (ein Standpunkt, der auf einer beständigen Verwechslung der Tatsachenfiktion [frühere Geburt] des nasciturus mit der Fiktion eines Rechtssubjektes beruht), so ist dazu zu bemerken, daß Windscheid gerade das Gegenteil sagen will, indem er einmal gegen den Ausdruck: »Rechte des nasciturus« protestiert und zum zweiten gerade die Subjektlosigkeit der Rechte beweisen will. Soviel steht jedoch fest, daß Windscheids Fehler aus der Identifizierung des Rechtssubjektes mit dem Menschen resultiert.

b) Der Inhalt des Fehlers aber liegt in der Annahme subjektloser Rechte. Ich gehe mit Oertmann,[5]) der ihnen die Existenzberechtigung und -möglichkeit mit folgenden

---

[1]) Windscheid, a. a. O., § 49.

[2]) Derselbe, a. a. O.

[3]) Morenz, a. a. O., S. 47.

[4]) Morenz, a. a. O., S. 43, Zeile 1 von oben.

[5]) Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allg. Teil, 2. Aufl., Berlin 1908, Anm. 2, c, α α, S. 76.

Worten abspricht: »Ein Recht im subjektiven Sinne ohne Subjekt ist ein Widerspruch in sich selbst.« Gewiß. Das Recht im subjektiven Sinne ist eben das Recht eines Subjektes und so wenig wie ein Zuckerhut ohne Zucker und das Haus eines Gärtners ohne Gärtner denkbar ist, ebenso wenig ein subjektloses, subjektives Recht.

Und darum darf Windscheids Theorie nicht anerkannt werden, so folgerichtig und einzig möglich sie nach dem von ihm aufgestellten System ist: es sind die Prämissen der Theorie falsch.

2. Obwohl nun die Annahme subjektloser Rechte fast bei keinem modernen Autor, der sich mit dieser Frage überhaupt beschäftigt hat (alle aufzuzählen, wäre ein ebenso undankbares, wie vergebliches Bemühen), Gegenliebe gefunden hat, so hat sich trotzdem in Hachenburg ein Verfechter dieser Lehre noch nicht von deren Unhaltbarkeit überzeugen lassen. Seine Auffassung zeigt sich am deutlichsten in seinen eigenen Worten: »Alle Rechte des nasciturus, sein Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater, seine Entschädigungsforderung gegen den Töter seines Ernährers, sein Anspruch auf die Erbschaft, sind »künftige« Rechte. Sie sind aber doch schon vorhanden, denn zu ihrer Wahrung wird der Pfleger bestellt. Was ihnen fehlt, ist das Subjekt. Das Objekt ist vorhanden. Der Verpflichtete, der zu leisten hat, das Vermögen, das geerbt wird, sie harren des zukünftigen Herrn. Die Lösung der Frage geht also dahin, daß allerdings nur der lebendig geborene Mensch Träger von Rechten sein kann, daß aber die Entstehung von Rechten für ihn für den Fall, daß er existent wird, vorgesehen ist. Die Gebundenheit tritt ein, ohne daß sie eine endgiltige ist. Die passive Seite ist gegeben ohne die aktive. (Der Wortlaut erinnert an Iherings Theorie, die unten dargestellt werden wird, jedoch der Sinn ist ein ganz anderer, wie das Nachfolgende zeigt:) .... In all diesen Fällen liegt der Gedanke zugrunde, daß es im Gebiete des B. G. B. subjektlose Rechte, halbe Rechte gibt, die noch des Subjektes harren, um vollständig zu werden.«[1])

[1]) Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900, S. 332 ff.

Hachenburg bringt nun eine Reihe von Analogieen, bei denen aber durchweg die Rechtslage eine wesentlich andere ist als bei dem Rechtsinstitut des nasciturus. Seine Ansicht, daß subjektlose Rechte möglich seien, ist zu 1) genügend widerlegt. Hachenburg hat für alle Rechte des nasciturus gesprochen. Eine Reihe von anderen Schriftstellern haben diese Theorie nur für das Erbrecht aufgestellt; ihnen soll ein eigenes Kapitel gewidmet sein!

---

4. Kapitel.

§ 12.

Die der Theorie der subjektlosen Rechte gleichkommende Theorie der hereditas jacens.

Im Anschlusse an das Erbrecht des nasciturus hat sich, verschanzt hinter dem römisch-rechtlichen Begriffe der hereditas jacens, eine wissenschaftliche Meinung gebildet, die ein »faktisches« Vorhandensein einer ruhenden Erbschaft auch im heutigen bürgerlichen Rechte — im schroffsten Gegensatz zu den Motiven des B. G. B. — nicht entbehren zu können glaubt und daher, da die Annahme einer juristischen Persönlichkeit dieser ruhenden Erbschaft völlig ausgeschlossen ist, im Ergebnis dahin kommt, daß die Erbrechte »herrenlos« aufbewahrt werden.

1. So sagt Kipp, der Herausgeber von Windscheids Pandekten, wörtlich: ». . . . Während der Schwebezeit hat die Erbschaft streng genommen keinen Herrn; denn die nach der Entscheidung eingreifende Fiktion kann daran nichts ändern, daß bis zur Entscheidung die Erbschaft weder der einen noch der anderen Partei gehört hat.«[1])

Kipps Standpunkt ist um deswillen nicht verwunderlich, weil er in fast allen prinzipiellen Fragen, die zur Lösung

---

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, Bd. 3, § 531, Zus. 2, S. 200.

des Problems wichtig sind, mit seinem großen Vorgänger übeinstimmt.

2. Auf demselben Wege, wie Kipp, kommt auch Leonhard zur Annahme subjektloser Rechte im Falle des Erbrechts des Embryos, wenn er sagt: ».... Die Motive 80 irren daher, wenn sie meinen, daß die »ruhende Erbschaft nach der ihr zu Teil gewordenen Behandlung« aus dem Kreise der juristischen Personen ausscheide. Nur in der Regel ist dies richtig, nicht aber bei dem Erben im Mutterleibe .... Die logische Beziehung dieser Erscheinung(en) zu dem Begriffe der juristischen Person vermag kein Gesetzgeber abzuändern.«[1]) Leonhard ist weit davon entfernt, im Falle der Rechte des nasciturus mit Kohler eine juristische Person anzunehmen, wie Biermann[2]) und Kohler[3]) selbst meinen. Leonhard spricht zwar davon, daß man bei der Erbschaftsverwaltung des nasciturus eine logische Beziehung zu dem Begriffe der juristischen Person nicht ableugnen könne, aber im nächsten Abschnitte schon spricht er von der »Ausschließung von den juristischen Personen«. Biermann verwechselt bei Leonhard dessen Standpunkt de lege lata und de lege ferenda. Ebenso Kohler. Leonhard wünscht eine entschiedenere Stellungnahme im Gesetze zu dem Problem der Rechtslage des Embryos, findet sich aber schließlich mit dem Gegebenen ab und meint, daß eine ruhende Erbschaft — nicht als juristische Person zwar, sondern »tatsächlich« — vorhanden sei, glaubt also mit Kipp an die Möglichkeit subjekt- oder »herrenloser« Rechte; denn der Komplex der Erbrechte = Erbschaft ist nach ihm eine Zeit lang herrenlos. Ganz klar ist, wie ich zugebe, seine Stellungnahme zum Problem nicht.

3. Auch Hellwig hält es »für sicher, daß es auch nach dem B. G. B. eine hereditas jacens gibt.«[4])

---

[1]) Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900, S. 110.

[2]) Biermann, a. a. O., § 118, Note 19.

[3]) Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1906, 1. Bd., § 151, Note 1, S. 354.

[4]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899, § 39, II, Note 473, S. 244.

4. Dagegen erklärt Endemann, daß eine hereditas jacens im bürgerlichen Rechte nicht mehr vorhanden sei, modifiziert aber seine Behauptung dergestalt, daß sie im Ergebnisse mit den Ansichten der eben genannten drei Autoren identisch zu sein scheint: »Die Behauptung der Motive und Protokolle, das B. G. B. kenne eine ruhende Erbschaft nicht, ist daher nur in dem Sinne richtig, daß ein Bedürfnis für deren rechtliche Konstruktion nicht besteht. Die praktische Seite der Frage bleibt, wenngleich unter anderer juristischer Betrachtung, nach wie vor, bestehen, und inhaltlich bleibt es fast durchweg bei den bisher geltenden Normen.«[1])

Aber grundsätzlich — juristisch-theoretisch betrachtet, »hat jede Erbschaft mit dem Todesfall einen Erben: lückenlos schließt der Anfall sich dem Erbfall an.«[2]) Dieser Grundsatz des »unmittelbaren Erwerbes« tritt auch beim nasciturus in Geltung. Und um dieses Grundsatzes willen ist die Fiktion des § 1923 II B. G. B. geschaffen worden. Sie »zieht als Ergänzung den weiteren Rechtsgrundsatz nach sich, daß der erbrechtliche Anfall rückwirkende Kraft haben soll. Dies wird indessen allgemein verordnet (§ 1953 II; Bd. 3, § 78, Nr. 2) und entnimmt den inneren Grund aus dem Bedürfnis nach dem unmittelbaren Anschluß des Erben an den Erblasser. Daher gilt diese Rückwirkung nicht für die dem Empfangenen aus 844 II entstehenden Ansprüche. Hier zumal tritt greifbar hervor, daß das Recht dem erwarteten Subjekte nur vorbehalten wird und der Anspruch erst mit dessen Geburt entsteht.«[3]) Die juristische Erklärung der »Rechte des nasciturus« gibt Endemann mit folgenden Worten: » .... [sie] beruht auf der Annahme eines Schwebezustandes, wonach die Rechte kraft Gesetzes die Zwischenzeit ohne Rechtssubjekt überdauern, vermöge der Bereitschaftswirkung (?) aber sofort anfallen, wenn der Rechtsdestinatär lebend geboren wird.«[4])

[1]) Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches (Lehrbuch d. B. G. B.), 3.—5. Aufl., Berlin 1899, § 8, 2, b, Anmerkung 27, S. 37.

[2]) Endemann, a. a. O., S. 36.

[3]) Derselbe, Bd. I., § 26, 4, a, Anm. 17, b, S. 119.

[4]) Derselbe, a. a. O., S. 118 f (Text.)

a) Endemann bekennt sich also zur Theorie der subjektlosen Rechte. Der »Schwebezustand«, von dem er spricht, ist nicht mit dem Bedingungsschwebezustand zu identifizieren. Endemann will auch keineswegs etwa einer Bedingungstheorie das Wort sprechen. Seine Ansicht stellt darauf ab, daß die Rechte des nasciturus einen gewissen Zeitraum herrenlos überstehen und daß sie das können, dazu verhilft ihnen die allmächtige Rechtsordnung, denn sie »vermag allerdings die Voraussetzungen des Bestandes der Rechte nach Bedürfnis abzuwandeln. Sie kann ein Recht ohne Subjekt entstehen lassen, nicht aber nach Belieben für das Recht ein Subjekt erzeugen.«[1])

Hierin steckt der Kernpunkt der Endemann'schen Auffassung des Problems: Es werden die Rechte als subjektlose aufbewahrt, da das Recht imstande ist, die Voraussetzungen des subjektiven Rechtes, seine Begriffsmerkmale nach Bedürfnis zu ändern. Das Recht kann die Berechtigung eines Subjektes ohne Subjekt entstehen lassen, lautet das Paradoxon Endemanns. Ich darf auf die obigen Ausführungen verweisen, die das subjektlose Recht als contradictio in adjectu erklären.

Was aber die gegenteilige Behauptung Endemanns betrifft, das Recht könne nicht nach Belieben ein Subjekt erzeugen, so ist dazu zu bemerken, daß das Recht freilich nicht nach Belieben Rechtssubjekte erzeugen kann, jedoch ist zu beachten, daß die Rechtsordnung überhaupt den Begriff »Rechtssubjekt« erst schuf. Ist denn das Rechtssubjekt etwas dem Rechte Vorgeschaffenes, etwas, was vor ihm da war, oder wurde es erst durch die Rechtsordnung erzeugt? Ich meine, wohl das letztere. Darauf ist später noch zurückzukommen.

b) Dagegen muß es Endemann als Verdienst angerechnet werden, daß er im Gegensatze zu den meisten Schriftstellern eine reinliche Scheidung zwischen den erb- und den obligationenrechtlichen Bestimmungen trifft. Die meisten Autoren behandeln entweder diese beiden Fälle gleich oder den

[1]) Derselbe, a. a. O., Anm. 16, S. 119.

letzteren (vgl. oben!) gar nicht. Endemann aber unterscheidet:

α) Die obligatorischen Ansprüche des nasciturus aus § 844 II B. G. B. werden ihm als dem erwarteten, künftigen Subjekte aufbewahrt, als subjektlose reserviert.[1])

β) Bei den erbrechtlichen Bestimmungen wirkt noch eine allerdings nach Endemanns Ansicht »überflüssige und irreführende« Fiktion[2]) mit, die bei den obligationenrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung findet.

Die scharfsinnige und klar gefaßte Trennung der beiden Gruppen von Bestimmungen ist, wie unten darzulegen sein wird, für die Lösung des Problems nicht ganz unwesentlich. Was aber die Ansicht von der Ueberflüssigkeit und Unklarheit der Fiktion betrifft, so ist zwar ersteres zuzugeben, letzteres jedoch zu bestreiten und ebenso beruht die angebliche »falsche Formulierung«[3]) auf einer falschen Ansicht Endemanns. Alle diese Punkte erledigen sich später bei der Darlegung des eigenen Standpunktes, weshalb darauf verwiesen werden kann.

Wie aus den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, muß die Theorie der hereditas jacens ebenso abgelehnt werden, wie die Meinung derjenigen, die schlechthin die Theorie der subjektlosen Rechte verkündet haben.

---

5. Kapitel.

§ 13.

Iherings „passive Wirkungen der Rechte".

In diesem Zusammenhange darf die geistvolle Theorie eines scharfsinnigen Rechtsgelehrten und Rechtsphilosophen nicht übersehen werden, deren bestechende Einfachheit für den ersten Augenblick ihre Wirkung nicht verfehlt, die jedoch bei näherer Prüfung sich das Vernichtungsurteil selbst spricht.

---

[1]) Derselbe, a. a. O., Anm. 17, b, S. 119.
[2]) Derselbe, a. a. O., Anm. 17, a, S. 119.
[3]) Derselbe, a. a. O.

Es ist Iherings Versuch, die Wirkungen eines Rechtes zu scheiden und die eine Gruppe derselben unabhängig von der anderen für existenzmöglich zu erklären. Indem Ihering die Theorie der subjektlosen Rechte aufs schärfste bekämpft,[1]) will er zeigen und beweisen, daß zwar niemals das ganze Recht, das Recht als solches, wohl aber eine Seite desselben, die passive, ohne Subjekt existieren könne. Er möge seine Ansicht mit seinen eigenen Worten vertreten: »Die Gebundenheit der Person oder Sache ist die der aktiven Seite des Rechtes korrespondierende passive Seite desselben; im normalen Zustande des Rechtes ohne Interesse gewinnt sie letzteres da, wo die aktive Seite vorübergehend oder zur Zeit noch fehlt, indem ihr hier die Aufgabe zufällt, den demnächstigen Eintritt des Subjekts in den objektiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicher zu stellen.«[2]) Dazu ist folgendes zu bemerken:[3])

a) Ihering widerlegt sich in seinem eigenen Satze. Wenn es sich nämlich in der Tat um korrespondierende Seiten des Rechts handelt, so ist ein von einander unabhängiges Dasein dieser beiden Seiten undenkbar. Wenn es zum Wesen eines Rechtes gehört, daß es aktive und passive Wirkungen ausübt, so sind die einen ohne die anderen nicht denkbar, da jede nur die Folgeerscheinung der anderen ist. Insoferne berührt sich Iherings Theorie mit Hölders Negationstheorie und ich verweise auf die dortigen Ausführungen.

b) Aber noch aus einem anderen Grunde ist Iherings Lösungsversuch abzulehnen. Nach ihm haben die Rechte zweierlei »Wirkungen«, aktive und passive; manchesmal sind die letzteren vor dem Rechte vorhanden. Kann wohl jemals eine Wirkung vor ihrer Ursache oder ohne ihre Ursache existieren? Ich meine, die Frage aufstellen, heißt sie verneinen.

c) Ihering ist denn auch in der Wissenschaft mit seiner

---

[1]) Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 10. Band, Jena 1871, S. 390 f.

[2]) Derselbe, a. a. O., S. 580.

[3]) Vgl. auch Binder in der »kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft«, 1902, S. 519.

Theorie isoliert geblieben und man kann mit Fug und Recht sagen, sie habe nur mehr den Reiz des Antiken an sich.

---

6. Kapitel.

„Künftige Rechte“ und die „Bedingungstheorieen“.

§ 14.

I. Künftige Rechte.

Andere Autoren haben sich, ohne dem Wesen des Problems selbst auf den Grund zu gehen, mit dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]) begnügt und sprechen einfach von »künftigen Rechten« des nasciturus, wobei sie die Antwort auf die Frage schuldig bleiben, ob darunter etwa rein betagte oder bedingte Rechte oder analoge Verhältnisse u. s. w. zu verstehen seien. Von den Schriftstellern, die das Rechtsinstitut dermaßen kurz behandelt haben, nenne ich auswahllos einige.

So spricht Rosenthal[2]) mit den dürren Worten des Gesetzes von der »Wahrung der künftigen Rechte der Leibesfrucht«.

In derselben knappen Form behandelt Haidlen[3]) das Rechtsinstitut des nasciturus.

Ebenso gibt sich Hellmann[4]) mit den »künftigen Rechten« des Embryos zufrieden.

Gleichfalls Planck.[5])

Zitelmann widmet dem Problem nur folgende pflicht-

---

[1]) § 1912.

[2]) Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. Aufl., Graudenz 1901. Anm. 1 zu § 1, S. 12.

[3]) Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 1897; 1. Bd., S. 9, Anm. 4 zu § 1.

[4]) Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Freiburg i. B., 1897, S. 4.

[5]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1903, 3. Aufl., Anm. Nr. 3 zu § 1, S. 58.

schuldige Bemerkung: »Erwerb gewisser Rechte seitens des nachher geborenen Menschen« ex tunc, d. h. so, als ob er schon zu einer Zeit, da er noch Embryo war, Mensch gewesen wäre. (G. 1923,2 und 2108,1: Erbfolge; 331,2 und 844,2 Erwerb eines Forderungsrechtes«)[1] und verrät in diesem Satze, daß er die Fiktion des § 1923 II auch auf die obligationenrechtlichen Rechtsvorschriften angewendet wissen will. Daß diese Auffassung nicht richtig ist, habe ich bei der Kritik der in dieser Hinsicht richtigen Ansicht Endemanns bereits angedeutet und werde ich unten noch näher darlegen. Im übrigen nennt auch Zitelmann die Rechte des nasciturus ohne Beisatz »künftige«[2] im Sinne des § 1912, verschweigt aber den Sinn dieser Gesetzesstelle.

Nicht wesentlich verschieden von den genannten Autoren faßt sich Neumann,[3] wenn er sagt: »Einem noch nicht Geborenen können Rechte lediglich nach seiner Geburt, also nur künftige Rechte (vgl. 1912) zustehen.«

Noch mehr Autoren, die den Wortlaut des Gesetzes ungeprüft in die Dogmatik übernommen haben, aufzuzählen, ist unnötig.

Dagegen muß denjenigen Schriftstellern, die eine Lösung des Problems auf diesem Wege, nämlich durch nähere Betrachtung der Qualität dieser »künftigen Rechte« versucht haben, in den nächsten 3 Paragraphen eine ausführlichere Behandlung zu teil werden.

§ 15.

II. Scheinbare Bedingungstheorie.

Nur scheinbar und für den ersten Blick unterscheidet sich die »Theorie« Ecks von der Stellungnahme der ebengenannten Autoren zum Rechtsinstitute des Embryos. Eck

---

[1]) Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, allgem. Teil, Leipzig 1900, S. 43.

[2]) Zitelmann, a. a. O.

[3]) Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1909. 5. Aufl., 1. Bd., Note III, 4, a zu § 1, S. 15.

verneint zunächst die Möglichkeit, schon vor der Geburt bereits »vorhandene«, »subjektlose« Rechte anzunehmen und bringt sodann einen Gedanken, der juristisch äußerst verfänglich zu sein scheint, in Wirklichkeit es aber nicht ist. Er spricht nämlich davon, daß die zur Wahrung der künftigen Rechte »erforderlichen Rechtshandlungen nur entweder im Namen des Kindes unter der Bedingung, daß es lebend zur Welt kommt, oder im Namen des Pflegers vorgenommen werden« könnten.[1])

Was meint nun Eck damit? Vorerst ist vorauszuschicken: »Bedingung« ist ein terminus technicus des Rechtes und der Rechtswissenschaft.

1. Er wird im allgemeinen nur bei Rechtsgeschäften gebraucht; allerdings kann auch das Recht Bedingungen setzen und hat sie gesetzt; es sind eben die sogenannten Rechtsbedingungen, die bei jedem Rechtsverhältnisse als dessen notwendige Grundlage vorhanden sein müssen. Das obige Argument könnte demgemäß gegen eine Annahme »bedingter Rechte«, wenn auch nur »rechtsbedingter« nicht durchschlagend sein. Es könnte sich um eine »Rechtsbedingung« handeln. Jedoch setzt diese, wie die erstere

2. unter allen Umständen ein berechtigtes Subjekt voraus und Eck sagt selbst von der Bedingung: »Die prinzipielle zivilistische Grundlage für die unmittelbare Wirkung der erfüllten Bedingung liegt zunächst darin, daß schon während der Schwebezeit eine Anwartschaft des bedingt Berechtigten (!) . . . . besteht.«[2]) Nun ist aber gerade im Falle des nasciturus — auch nach der Ansicht Ecks — kein Berechtigter vorhanden.

Demgemäß müßte die »Bedingungstheorie« Ecks abgelehnt werden; ja, er hätte sich selbst widerlegt — wenn er überhaupt eine solche hätte aufstellen wollen. Und ich bestreite, daß er eine solche aufstellen wollte.

a) Eck spricht nämlich nirgends von »bedingten Rechten« des Embryos, sondern nur von der bedingten Geltendmachung der künftigen Rechte des nasciturus. Er kommt zu dem

[1]) Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903, 1./2. Aufl., Bd. I, S. 37 ff., § 10.

[2]) Eck, a. a. O., S. 173, § 35.

Ergebnis, daß der Pfleger des § 1912 B. G. B. nur unter der Bedingung, für den Fall Rechte des Embryos, die jetzt noch gar nicht — auch nicht als bedingte — existieren, geltend macht, daß letzterer lebend zur Welt kommt. Es sind also in der Gegenwart noch keine Rechte des Embryos vorhanden, der Pfleger handelt aber jetzt schon für den Fall, daß Rechte entstehen. Entstehen später keine Rechte, so war die Handlungsweise des Pflegers ein Schlag ins Wasser, sie hat keinerlei rechtliche Bedeutung; entstehen jedoch Rechte, so hat der Pfleger ihrer Sicherstellung bereits zu einer Zeit gedient, als sie noch gar nicht vorhanden waren, als sie nur »künftig«, d. h. noch nicht gegenwärtig und zwar auch noch nicht »bedingt« waren.

b) Daß Eck überhaupt nicht so fast auf die Rechte des nasciturus selbst, als vielmehr auf deren Geltendmachung durch den Pfleger und die rechtliche Konstruktion dieser abstellt, ergibt sich auch aus seiner zweiten Lösungsalternative: Der Pfleger könnte auch in seinem eigenen Namen die künftigen Rechte geltend machen. Eck ist damit der Vorgänger einer Theorie geworden, deren Widerlegung später näherer Ausführungen bedarf. Ich beschränke mich zunächst darauf, die Namen ihrer Vertreter zu nennen: Schultze, Hölder, Binder.

c) Daß Eck von Rechten des nasciturus, auch bedingten, nichts wissen wollte, ergibt sich auch aus seiner Auffassung der Fiktion des § 1923 II. Er sagt: ».... Dagegen ist der im § 1923 Abs. 2 aufgestellte Satz, daß der zur Zeit des Erbfalls Erzeugte, aber noch nicht Geborene, als vor dem Erbfall geboren gelte, in dieser Allgemeinheit unhaltbar und auf die Reservierung des Erbrechts zu beschränken.«[1]) Eck will also ebenso wie Endemann (siehe oben!) mit Recht die leidige Fiktion des § 1923 II nur auf das Erbrecht angewendet wissen und nur deshalb, damit der Grundsatz des unmittelbar auf den Erbfall folgenden Erbschaftserwerbes gewahrt bleibe, nicht aber deshalb, damit gegenwärtige Rechte des nasciturus dadurch proklamiert würden. Und noch weniger

[1]) Eck, a. a. O., S. 38.

will Eck bereits »vorhandene«, »subjektlose«, wenn auch nur bedingte, obligationenrechtliche Berechtigungen des Embryos anerkennen.[1]) Es steht somit fest, daß sich Eck gegen die Annahme bedingter Rechte ausspricht; er wäre vielmehr besser unter jener Kategorie von Autoren zu nennen, die jede subjektive Berechtigung des Embryos selbst leugnen. Jedoch seine Ausdrucksweise, die von »künftigen« Rechten spricht, rechtfertigt es, daß er in diesem Zusammenhange genannt wurde, »künftig« freilich in dem Sinne, daß die Rechte erst in Zukunft entstehen. Eine eigentliche Bedingungstheorie wollte Eck nicht aufstellen und hat er nicht aufgestellt.[2])

§ 16.

III. Eigentliche Bedingungstheorie.

1. Schwieriger und ernster gemeint ist Heymanns Bedingungstheorie. In seinem »Verwandtenerbrecht« ist folgende Stelle zu lesen: » . . . Als gesetzlicher Erbe im engeren Sinne kommt daher nicht in Betracht, wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht die allgemeine Erbfähigkeit besitzt. Diese ist ein Ausfluß der Rechtsfähigkeit und beginnt dementsprechend beim Menschen unbedingt mit der Geburt, bedingt aber bereits mit der Erzeugung, so daß der nondum conceptus niemals nächster Erbe sein kann.«[3])

Nach Heymann sind also nicht etwa die einzelnen Rechte des Embryos bedingt, nein, der nasciturus ist für ihn überhaupt bedingt rechtsfähig — im Hinblick auf die ungewisse Lebend- oder Totgeburt. Er setzt sich über die Motive des B. G. B. hinweg, welche »die allgemein (soll wohl heißen: allgemeine) bedingte Rechtsfähigkeit des nasciturus leugnen« und erklärt den nasciturus für allgemein,

---

[1]) Besonders Eck, a. a. O., S. 37 letzte und S. 38 erste Zeile des Textes, dazu Fußnote 1, in welcher er sich grundsätzlich in Gegensatz zu Hachenburg stellt.

[2]) Anderer Meinung Morenz, a. a. O., S. 53. Oertmann a. a. O., S. 5. (?)

[3]) Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechtes, Jena 1896, S. 56 ff.

will sagen unbeschränkt, schlechthin bedingt rechtsfähig. Interessant ist, woraus Heymann diese allgemeine Rechtsfähigkeit folgert. Nachdem er den Satz zu beweisen versucht hat, daß bei der Erbschaft »dem ursprünglich Berufenen zunächst alle Nachlaßrechte und -pflichten resolutiv bedingt wirklich anfallen, während der Nachrückende nur ein suspensiv bedingtes Recht auf den künftigen Erbanfall erwirbt«,[1]) »daß also auch der Erbanfall an den nasciturus durch den Tod des Erblassers nicht fiktiv, sondern tatsächlich stattfindet,[2]) deduziert er folgendermaßen weiter: es sei »damit zugleich die Möglichkeit nachträglicher Veränderung der einzelnen Erbschaftsrechte und -pflichten gegeben (man denke an den Erwerb eines Handelsgeschäftes durch Erbgang!). Diese Veränderung aber erfolgt im Wege der Singularsukzession, womit die Beschränkung der Rechtsfähigkeit des nasciturus auf Erwerb durch Universalsukzession hinfällig wird, so daß man ihm allgemein bedingte Rechtsfähigkeit zusprechen kann. Insbesondere kann er auch Träger von Personenrechten (Verwandtschaft) sein.«[3]) Verwunderlich ist es freilich, wenn Heymann an anderer Stelle das, was er hier in immerhin ziemlich apodiktischer Form behauptet, selbst skeptisch behandelt. Er sagt nämlich einige Seiten nachher: »Dahingestellt kann [dabei] bleiben, ob für den nasciturus die Rechte als vorübergehend subjektlose nur reserviert werden oder ob nicht doch der nasciturus wirkliches Rechtssubjekt ist und sein kann, weil er — obwohl pars matris und noch nicht Mensch — gerade als werdender Mensch von allen sonstigen Körperteilen der Mutter und andererseits von allen sonstigen körperlichen Sachen wesentlich verschieden ist.«[4])

Oder meint hier Heymann vielleicht, der nasciturus könne sogar unbedingtes Rechtssubjekt sein? Das wird doch wohl nicht angenommen werden dürfen; denn er würde dann nicht von »noch nicht Mensch« und nicht vom »wer-

[1]) Heymann, a. a. O., S. 60.
[2]) Derselbe, a. a. O., S. 57, Note 2.
[3]) Derselbe, a. a. O., S. 57, Note 2.
[4]) Derselbe, a. a. O., S. 60, Note 4.

denden Menschen« sprechen. Es ist vielmehr zu vermuten, daß er auch an dieser Stelle nur von der bedingten Rechtsfähigkeit des nasciturus sprechen will. Er ist somit selbst nicht ganz von der »unbedingten« Richtigkeit seiner Annahme überzeugt und kann nicht davon überzeugt sein, wenn er folgendes bedenkt:

a) Was zunächst die allgemeine Rechtsfähigkeit des nasciturus betrifft, so ist

α) Heymann allerdings zuzugeben, daß der nasciturus nicht allein im Erbrechte, sondern auch im Obligationenrechte (z. B. in § 844 II) Berücksichtigung gefunden hat, daß er also nicht allein »Universalsuccessor« sein kann. Insoferne ist also der nasciturus nicht auf das Erbrecht allein beschränkt.

β) Aus seinem Erbrechte darf jedoch nicht die allgemeine Rechtsfähigkeit hergeleitet werden. Ganz abgesehen von dem Wortlaut der Motive[1]) zum B. G. B. ist wohl zu bemerken, daß z. B. bei der Vererbung eines Handelsgeschäftes durch einzelne Rechtshandlungen nachträgliche (nach dem Erbfalle) Aenderungen zwar eintreten können, z. B. durch An- und Verkauf von Waren, daß das Eintrittsrecht des nasciturus jedoch nur ein Ausfluß seines Erbrechtes, ein von letzterem abgeleitetes Recht ist. Für solche Begleiterscheinungen und Folgen der einzelnen Berechtigungen des nasciturus ist eben ein Pfleger aufgestellt. Der nasciturus ist erbberechtigt und als solcher, als Erbe, auch fähig, alle davon abgeleiteten Rechtsverhältnisse zu erwerben, niemals aber kann daraus eine allgemeine, unbeschränkte Rechtsfähigkeit des Embryos resultieren.

b) Zum zweiten sei es mir gestattet, dem Begriffe der bedingten Rechtsfähigkeit Heymanns einige Worte zu widmen! Was soll das heißen: »bedingte Rechtsfähigkeit«? Der nasciturus ist rechtsfähig unter der Bedingung, daß er ein rechtsfähiges Wesen (ein Mensch, also nach § 1 B. G. B. ein Rechtssubjekt) wird. Ein analoges Beispiel: Die Blüte

---

[1]) Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich; Berlin und Leipzig 1888, amtl. Ausgabe, I. Bd., § 3, 4, S. 29.

auf dem Baume ist eine bedingte Frucht, ist unter der Bedingung eine Frucht, daß sie eine solche wird, könnte man mit demselben Rechte sagen. Daraus erhellt die Unhaltbarkeit der Heymann'schen Ansicht. Die Blüte ist nicht eine bedingte Frucht, sondern sie ist eine Blüte, die unter gewissen Voraussetzungen (Bedingungen) zur Frucht wird. Ganz ähnlich verhält es sich bei dem nasciturus. Er ist noch kein Mensch, hat noch nicht Rechtsfähigkeit gemäß § 1 B. G. B., sondern wird es erst, beziehungsweise erwirbt sie erst mit seiner Geburt. Eine bedingte Rechtspersönlichkeit des Embryos ist ein Unding.

c) Heymann zieht die Konsequenzen seiner Ansicht, wenn er sagt, daß »dem ursprünglich Berufenen zunächst alle Nachlaßrechte und -pflichten resolutiv bedingt wirklich anfallen, während der Nachrückende nur ein suspensiv bedingtes Recht auf den Erbanfall erwirbt; erfüllt sich dann durch Totgeburt des nasciturus .... die Bedingung, so enden die Rechte und Pflichten des Berufenen (d. h. des nasciturus) und das Recht des Nachrückenden tritt nunmehr in Kraft, mit anderen Worten, es findet jetzt eine zweite Universalsukzession (?) statt.«[1])

Die Rechte des nasciturus sind nach Heymann um deswillen bedingt, weil ersterer ein resolutiv bedingtes Rechtssubjekt ist; die Rechte haben also einen, wenn auch nur »bedingten« Rechtsträger: ein juristisches und erkenntnistheoretisches nonsens. Dem Gedanken einer »zweiten Universalsukzession weiter nachzuspüren, liegt nicht im Rahmen der Abhandlung; nur soviel sei bemerkt, daß diese Anschauung Heymanns eine sehr gewagte und kaum mit den Bestimmungen des B. G. B. in Einklang zu bringen ist.

2. Der Variationen der Bedingungstheorie sind so viele, als sich Autoren für sie gefunden haben. Es sei mir erlaubt, noch einen Vertreter in Gierke zu nennen, der sich über das Wesen der Rechte des nasciturus folgendermaßen ausdrückt: »Die Leibesfrucht ist, weil kein Mensch, keine Person. Jedoch wird sie als werdender Mensch .... vom

[1]) Heymann, a. a. O.

Privatrecht in ihrer möglichen, künftigen Persönlichkeit anerkannt und geschützt. Gleich (?) dem römischen Rechte hält auch das deutsche Recht ihr für den Fall, daß sie Person wird, solche Rechte offen, die sie erwerben würde, wenn sie schon Person wäre. Es tritt also (?) ein bedingter Rechtserwerb ein, der als nicht geschehen gilt, wenn keine Persönlichkeit entsteht. Während des Schwebezustandes kann im Bedürfnisfalle der Leibesfrucht ein Pfleger zur Wahrung ihrer Rechte bestellt werden.«[1])

Gierke spricht sich nicht näher darüber aus, was er denn eigentlich unter »bedingtem Rechtserwerb« verstanden wissen will. Er meint wohl kaum die »bedingte Rechtsfähigkeit« Heymanns, sondern, da er von bedingtem Erwerbe der Rechte spricht, bedingte Rechtsverhältnisse in dem Sinne, daß die Rechte des nasciturus nur dann wirksam seien (oder überhaupt bestünden?), wenn er als rechtsfähiges Wesen, als Mensch, erstehe. Gierkes Meinung, präzis ausgedrückt, ergibt folgendes Paradoxon: ein Wesen, das keine Rechte erwerben kann, erwirbt unter der Bedingung Rechte, daß es einstens Rechte wird erwerben können. Gierkes Theorie enthält somit einen unlösbaren Widerspruch in sich: ein Wesen, das keine Rechte haben kann, da es nicht rechtsfähig ist, wie Gierke in seinem Obersatze selbst sagt, soll doch Rechte erwerben können?

Das »bedingte Recht« setzt eben, wie ich oben dargetan habe, ebenso wie jedes andere Recht einen Rechtsträger als Berechtigten voraus, weswegen weder eine rein rechtsgeschäftliche noch auch eine Rechtsbedingung für die Rechte des nasciturus annehmbar ist. Nach den obigen Ausführungen erscheint Gierke als einziger Vertreter einer »eigentlichen Bedingungstheorie«, da nur er von »bedingtem Rechtserwerbe«, von bedingten Rechten spricht. Eine juristische Begründung für seine Ansicht hat er selbst nicht versucht, wäre auch ein vergebliches Bemühen gewesen, wie bei den übrigen Autoren.

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895 (Bindings systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft: II, 3, I) § 41, I, S. 357.

§ 17.

IV. Theorie des Bedingungsanalogons.

Diese Unmöglichkeit einer juristischen Rechtfertigung der Rechtsfigur der Bedingung bei den Rechten des nasciturus hat schon Oertmann den Verfechtern einer »Bedingungstheorie« nachgewiesen.[1]) Er glaubt vielmehr, daß man »den richtigen Gesichtspunkt begrifflich (noch nicht durch Verwertung der Rechtsfigur der Bedingung bekomme, sondern) durch die eines analogen, davon aber verschiedenen Gesichtspunktes«. Nach ihm baut sich ein Recht auf einer Reihe von Voraussetzungen auf, ist es aus mehreren Tatbestandsstücken zusammengesetzt (allgemeinen, objektiven und subjektiven). Im einen Falle kann es daran fehlen, daß ein Ereignis noch nicht eingetreten ist, von dessen Eintritt das Recht abhängig ist (Bedingung im juristisch-technischen Sinne), in einem weiteren Falle kann es am Objekte fehlen, sind noch die objektiven Entstehungsmomente ausständig (z. B. im Falle der noch nicht abgetrennten Früchte). Endlich ist aber auch denkbar, daß das Subjekt selbst, das zum Rechte und dem das Recht gehört, noch nicht in dem Maße entwickelt ist, wie es eben ein subjektives Recht erfordert, so im Falle des Embryos.

Die beiden letztgenannten Möglichkeiten sind der Rechtsfigur der Bedingung verwandte und analoge Verhältnisse; im Ergebnisse sind nach Oertmann alle drei Fälle für die juristische Konstruktion gleich gelagert. Das tertium comparationis liegt darin, daß noch nicht alle Tatbestandsstücke vorliegen.

Dazu seien mir folgende Bemerkungen gestattet:

1. Wenn man, wie Oertmann, auf dem Standpunkte steht, daß in der Tat noch keine »Rechte des nasciturus« anzunehmen seien, sondern erst werdende, so ist sein glänzendes Analogon der Bedingung die einzige Lösungsmöglichkeit des Problems; denn Oertmann vermeidet den Fehler

[1]) Vgl. Oertmann, Kommentar zum B. G. B., allg. Teil, 2. Aufl., Berlin 1908; Anm. 5 zu § 1, S. 5 ff.

der Anhänger der »Bedingungstheorieen«, die trotz des Mangels eines Rechtssubjektes die Bedingung ohne Bedenken anwenden zu können glauben. Daß man ferner bei Oertmanns Ansicht wieder auf »subjektlose Rechte kommen würde«, wie Morenz[1]) meint, ist zu verneinen, da Oertmann eben beweisen will, daß noch keine wirklichen Rechte vorhanden sind.

2. Jedoch ist folgendes gegen Oertmanns Theorie ins Feld zu führen:

a) Unser geltendes Recht kennt eine derartige analoge Anwendungsmöglichkeit der Rechtsfigur der Bedingung nicht. Es findet sich im Gesetze nirgends eine Andeutung oder ein Anhaltspunkt dafür, daß man die Bedingung im Falle der »Rechte des nasciturus« als analogon gebrauchen könnte; vielmehr ist de lege lata zu sagen, daß, wenn es dem Rechte am Objekt oder Subjekt mangelt, von einer Spur eines Rechtes überhaupt noch nicht gesprochen werden kann.

b) Wie später, bei der Darstellung der eigenen Theorie, zu beweisen sein wird, handelt es sich für den nasciturus etwa nicht um erst werdende, sondern um volle subjektive Berechtigungen.

---

7. Kapitel.

§ 18.

Der Lösungsversuch des Problems durch die Konstruktion einer juristischen Persönlichkeit.

Wie aus der Vielgestaltigkeit der Theorieen erhellt, sind die Schwierigkeiten, welche das Rechtsinstitut der Leibesfrucht der Dogmatik bereitet, ungeheuer. Eine, wenn auch beschränkte Anzahl von Autoren glaubte nun mit kühnem Schwunge den gordischen Knoten durchhauen zu können, wenn sie, angesichts der Tatsache, daß dem nasciturus wirklich Rechte zustehen, eine juristische Person konstruierten.

---

[1]) Morenz, a. a. O., S. 58 oben.

1. a) Schon für das gemeine Recht hat sich in Rudorff ein Verkünder solcher Lehre gefunden. Er sagt: ».... Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborene Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas, vorausgesetzt, daß er ein liber venter ist .... Insoferne beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person.«[1])

α) Der erste, der die Theorie Rudorffs schlagend ad absurdum führte, war Windscheid, der sich folgendermaßen vernehmen läßt: ».... Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre.«[2]) Das wäre denn in der Tat ein unhaltbarer Zustand. Es müßte bei der Erbschaft der nach dem nasciturus Berufene die Rechte vom nasciturus erhalten. Auf Grund welchen Titels? Daran allein scheitert Rudorffs Ansicht. Er selbst scheint sich diese Konsequenz vor Augen gestellt zu haben und kommentierte daraufhin merkwürdigerweise seine Ansicht dahin, daß ja nicht jedes Recht unmittelbar mit seiner Existenz erworben würde, was beim nasciturus nicht der Fall sei. Nun aber fragt Windscheid mit Recht ganz verwundert: »Warum dann die juristische Persönlichkeit?«[3]) Nach Rudorff werden also die Rechte vom nasciturus (als einer juristischen Person) nicht sofort mit ihrer Existenz erworben, sondern erst mit der Geburt des Embryos. Und trotzdem ist eine juristische Person nötig? Rudorff wird sich vielleicht die Situation also vorgestellt haben: der nasciturus wird dann, wenn er als lebender Mensch geboren wird, als ein bereits in der Vergangenheit existiert habendes fiktives Rechtssubjekt gedacht. Aber durch diese Künstelei ist ebensowenig erreicht, wie durch die Fiktion, die oben eingehend erörtert wurde.

β) Gegen die Annahme einer juristischen Person spricht ferner für das moderne wie für das gemeine Recht der

---

[1]) Rudorff-Puchta, Pandekten, Leipzig 1866, 10. Aufl., Anm. b zu § 117, S. 176.

[2]) Windscheid, a. a. O., § 52. Vgl. auch Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Leipzig 1863, 7. Aufl., 1. Bd., Anm. 2, S. 64.

[3]) Windscheid, a. a. O.

Grund, der unten unter 2 b gegen Kohler dargetan werden wird.

b) Der Argumentation Rudorffs hat auch Arndts[1]) das Wort gesprochen; gegen ihn gilt, was gegen ersteren ausgeführt wurde.

2. Die Idee einer juristischen Persönlichkeit im Falle des nasciturus ist im neueren Rechte nicht erstorben; Kohler hat sie in neuer Form wieder aufgegriffen und verwertet. Nach ihm hat zwar das Kind im Mutterleib noch keine Persönlichkeit, »jedoch wird, sofern es lebend geboren wird, der Erfolg erstrebt, als wenn das Kind bereits zur Zeit seiner Erzeugung vorhanden gewesen wäre. Einstweilen liegt eine schwebende Stellung vor, und es müssen seine Interessen gewahrt werden, für den Fall, daß es künftig als rechtsfähiges Wesen geboren wird. Das kann nur in der Art geschehen, daß einstweilen eine besondere juristische Persönlichkeit konstruiert wird, welche im Interesse des etwaigen künftigen Kindes handelt; ihr Organ ist der Pfleger der Leibesfrucht . . . . Die Persönlichkeit ist kurzlebig, sie endet mit der (Lebend- oder Tot-)Geburt des Kindes.«[2])

a) Als Merkwürdigkeit der Kohler'schen Auffassung ist zunächst festzustellen, daß er nicht, wie Rudorff, den nasciturus selbst als juristische Person erklärt, sondern daß er eine »besondere« juristische Persönlichkeit konstruiert wissen will.

Kohler glaubt im System des heutigen bürgerlichen Rechtes eine Gruppe sogenannter »stillschweigender (konstruktiver)« juristischer Personen entdeckt zu haben, die meines Erachtens samt und sonders ein äußerst problematisches Dasein führen. Ich habe mich nur für den Fall der Konstruktion einer juristischen Persönlichkeit bezüglich des darzustellenden Rechtsinstitutes zu erklären:

b) Die »juristische Person« ist ein terminus technicus des Gesetzes; sie ist ein mit der »natürlichen Person« gleich-

---

[1]) Vgl. Arndts, Pandekten, § 25, Anm. 1.

[2]) Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1906, 1. Bd., § 151, I, 1, S. 354; vgl. neuerdings: Derselbe, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1909, S. 44, 3, c.

wertiges Rechtssubjekt, d. h. sie kann rechtlich alle nur denkbaren Rechte erwerben, die das natürliche Rechtssubjekt, der Mensch erwerben kann. Sie ist am Erwerbe gewisser Rechte allerdings tatsächlich gehindert; so z. B. kann sie keine Familienrechte erwerben, da diese ihrer Natur widersprechen, aber rechtlich unterscheiden sich die rechtlichen Qualitäten einer natürlichen und einer juristischen Person in nichts von einander.[1]) Da nun aber der nasciturus nur in vereinzelten Fällen Rechte erwirbt, so ist die Theorie Kohlers abzulehnen. »Teilweise juristische Personen« kennt das Gesetz nicht.

c) Außerdem ist auch mutatis mutandis das Wort Windscheids gegen Rudorff zu Puchta gegen Kohlers Theorie ins Feld zu führen. (Vgl. S. 63, 1, a, α.)

---

8. Kapitel.

§ 19.

Die neue Lehre von den Vertreterrechten (Amtstheorie).

Haben, wie die vorausgehenden Erörterungen zeigen sollten, die bisherigen Theorieen zu keinem befriedigenden Resultate geführt, so ist das gleiche von jener neuen, von Hölder[2]) und Binder[3]) verkündeten Lehre zu sagen, welche die Rechte dem Pfleger des nasciturus zuschreiben. Ihre Anschauung ist die Folge ihrer Auffassung des Begriffes »Rechtsfähigkeit«.

Für beide bildet, wie Binder sich ausdrückt, den »Inhalt der subjektiven Rechte ein Handelnkönnen«[4]) und beide kommen daher zu dem Resultat, daß der »geschäftsunfähige

---

[1]) Vgl. dazu richtig Oertmann, a. a. O., Anm. 6, a der Vorbemerkung zu den juristischen Personen, S. 79.

[2]) Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.

[3]) Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit (Erlanger Festschrift für Regelsberger), bes. § 5.

[4]) Binder, a. a. O., S. 54.

rechtsunfähig sei«[1]) und daß »die den Inhalt seiner angeblichen Rechte bildende Macht nicht ihm, sondern seinem Vertreter zustehe, der dadurch eine Vermehrung seiner eigenen Persönlichkeit erfahre.«[2])

Hölder hat die Konsequenz seiner Ansicht auch für den nasciturus gezogen; er sagt: »Dasselbe (daß nämlich der handlungsunfähige Mensch nicht Subjekt eigener, aber Objekt fremder rechtlicher Macht sei und daß nicht dem Vertretenen, sondern kraft obrigkeitlicher Macht dem Vertreter die Rechte zustehen), wie vom Vertreter eines schon geborenen, gilt aber in dieser Beziehung vom Pfleger eines erst erzeugten Menschen.«[3])

Für Binder hat die Konsequenz Morenz[4]) gezogen. Nach ihm hat der Pfleger des nasciturus allein Rechtssubjektsqualität; der Vertreter »vertritt« nicht, sondern mit seiner Bestellung sind diesem die Rechte als »amtliche Rechte« entstanden.

Diese Auffassung ist sowohl im allgemeinen, als ganz besonders für den nasciturus de lege lata und de lege ferenda abzulehnen.

1. Im allgemeinen.

a) de lege lata:

α) § 1 B. G. B. erklärt den Menschen schlechthin für rechtsfähig und diese seine Rechtsfähigkeit beginnt mit der Vollendung seiner Geburt; das geltende Recht weiß demgemäß nichts davon, daß der geschäftsunfähige Mensch auch rechtsunfähig sei. Es ist ihm die Anschauung fremd, daß die Rechtsfähigkeit »die Betätigung des eigenen rechtlichen Ichs,«[5]) daß sie »Rechtsausübungshandlungsfähigkeit«[6]) sei.

β) Die übrigen Bedenken hat Oertmann[7]) bereits in

---

[1]) Binder, a. a. O., S. 63.
[2]) Binder, a. a. O.
[3]) Hölder, a. a. O., S. 128.
[4]) Morenz, a. a. O., S. 65 ff.
[5]) Binder, a. a. O., S. 63.
[6]) Binder, a. a. O.
[7]) Oertmann, a. a. O., Bem. 6, 2. Absatz zu Vorbem. zu »Personen«, S. 3 f.

präziser Form hervorgehoben. Dazu kommt aber noch ein Grund

b) de lege ferenda:

Die Konsequenzen einer solchen Rechtsauffassung wären unerträglich: Der Vormund als Subjekt eigener Rechte könnte nach Belieben mit ihnen wirtschaften, an seinen eigenen Rechten könnte er doch wohl keine Unterschlagung, keine Untreue, keinen Diebstahl und keinen Betrug begehen! Mit anderen Worten: Die Anerkennung der neuen Lehre Hölders und Binders bedeutete einen Freibrief für fraudulose Manipulationen eines gesetzlichen Vertreters.

2. Im besonderen.

Und selbst wenn die »Amtstheorie« Boden gewänne, dann wäre sie immer noch nicht ohne weiteres auf das Rechtsinstitut des nasciturus anwendbar, bevor nicht erwiesen ist, daß es sich hier in der Tat um wirkliche Rechte handelt, was weder von Hölder, dessen Auffassung, die er in seinem Kommentar zum allgemeinen Teile des B. G. B. vertreten hat (s. oben über seine Negationstheorie!) noch von Binder oder Morenz nachgewiesen wurde.

Anhang.

Im Ergebnis, nicht aber in der Begründung, ist, was die »Rechte des nasciturus« betrifft, bereits ein anderer Autor den eben genannten Verfechtern der Amtstheorie vorangegangen: Schultze.[1]) Nach ihm stehen die Rechte ebenfalls dem Pfleger des nasciturus zu, da er Treuhänder ist; denn Treuhänder ist derjenige, der »Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen.«[2]) Da nun der nasciturus

[1]) Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts; 2. Folge, Bd. 7, Jahrgang 1901.

[2]) Derselbe, a. a. O., S. 1.

kein Rechtssubjekt ist, so kann der Pfleger nicht sein gesetzlicher Vertreter sein; denn nur Rechtssubjekte können gesetzliche Vertreter haben. Da aber der Pfleger doch Rechte geltend macht, so könnte sich, wie Schultze meint, »der Gedanke der deutschen Treuhänderschaft (auch) hier fruchtbar erweisen.«[1])

Das Ergebnis stimmt also mit dem Hölders und Binders überein; der Weg hierzu ist freilich ein anderer.

a) Wie Caldemeyer[2]) der Anschauung Schultzes schon entgegengehalten hat, ist diese Lösung der Frage nur dann denkbar, wenn ein Pfleger für den nasciturus aufgestellt ist. Wie aber dann, wenn dies nicht der Fall ist? Und gerade das letztere trifft in der Mehrzahl der Fälle zu. Sind hier überhaupt keine Rechte vorhanden? Oder subjektlose? Das letztere wird wohl Schultze meinen, wenn er für den Fall, daß kein Pfleger aufgestellt ist, nicht ohne Resignation erklärt, daß es »erträglich sei, das Durchgangsstadium bis zur Entscheidung über das Schicksal des nasciturus andauern, die Rechte bis dahin mit bloß passiver Seite, ohne Träger, fortexistieren zu lassen,«[3]) da er sich auf Hachenburg[4]) als Gewährsmann beruft, nicht etwa auf Iherings »passive« Wirkungen.

Wenn nun aber auch nur in einem Falle nach Schultzes Ansicht die Notwendigkeit besteht, subjektlose Rechte anzunehmen, so spricht sich seine Ansicht selbst das Vernichtungsurteil. (S. oben!)

b) Ferner kennt zweifellos das geltende Recht den Pfleger des nasciturus nicht als Treuhänder und die Behauptung Schultzes ist als mit dem bestehenden Rechte unvereinbar oder wenigstens nicht auf es gründbar, abzulehnen.

---

[1]) Schultze, a. a. O., S. 58 ff.
[2]) Caldemeyer, a. a. O., S. 29 f.
[3]) Schultze, a. a. O. S. 61.
[4]) Derselbe, a. a. O., Note 8.

III. Teil.

Ein neuer Lösungsversuch des Verfassers.

1. Kapitel.

Die Entwicklung des Lösungsversuches.

§ 20.

I. Die „Rechtsfähigkeit" und das „Rechtssubjekt".

Daß die Rechtsfähigkeit nicht ein Ausfluß der ethischen Persönlichkeit sein könne, wurde oben bei der Kritik der Savigny'schen Auffassung vom Wesen des Rechtssubjektes bereits dargelegt.[1])

Es ist vielmehr mit Binder zu sagen: »Rechtssubjekt sein heißt in solchen durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehungen stehen können, die man subjektive Rechte nennt»,[2]) wobei ich jedoch keineswegs Binders Konsequenzen für meine Ansicht adoptieren will, daß nämlich die Rechtsfähigkeit »Rechtsausübungshandlungsfähigkeit« sei. Es soll mit der Definition nur gesagt sein, daß »nur der Rechtssubjekt sein kann, in Bezug auf den eine solche Beziehung, die wir ein subjektives Recht nennen, denkbar ist.«[3]) Daß aber der Inhalt dieser subjektiven Rechte in einem Handelnkönnen besteht, ist ebenso wenig meines Erachtens richtig wie Binders Satz: »Ob er, wenn dies der Fall ist (wenn er nämlich in solchen Beziehungen steht, die man subjektive Rechte nennt) auch wirklich Rechtssubjekt ist, ist eine Frage, die sich der abstrakten Beantwortung durchaus entzieht; sie ist eine Frage ausschließlich des positiven Rechtes.«[4]) Meiner

---

[1]) Vgl. auch ganz besonders die Darstellung der Rechtssubjektstheorieen durch Binder, Problem der juristischen Persönlichkeit.

[2]) Binder, a. a. O., S. 54 ff.

[3]) Binder, a. a. O.

[4]) Binder, a. a. O.

Ansicht nach besteht gerade das Wesen der Rechtsfähigkeit in der Möglichkeit, subjektiv Berechtigter sein zu können, wird der Inhalt des Begriffes Rechtsfähigkeit durch die Gewährung der rechtlichen Möglichkeit bestimmt, subjektive Rechte »haben« zu können. Daher ist zu sagen: Der Begriff »subjektives Recht« ist ohne den Begriff »Rechtsfähigkeit«, der Begriff Rechtsfähigkeit ohne den Begriff »subjektives« Recht nicht denkbar.

Es gilt nun etwas weiter auszuholen.

1. Der Zweck des Privatrechtes beruht wohl unverkennbar darin, die widerstreitenden Interessen der einzelnen Rechtsgenossen gegeneinander abzugrenzen, um ein »bellum omnium contra omnes« zu verhüten. Jedem Rechtsgenossen ist eine bestimmte Machtsphäre zugewiesen, innerhalb deren er sich unbehindert betätigen kann, über die hinauszugehen ihm jedoch nicht erlaubt ist. Nicht jeder Volksgenosse, jeder Staatsbewohner wurde aber jederzeit als Rechtsgenosse anerkannt. Ich erinnere an die Sklaven und Peregrinen im Gegensatz zum vollwertigen civis Romanus im römischen Rechte. Der Peregrine konnte Rechtsgeschäfte nach jus gentium abschließen, er war daher nicht schlechthin rechtsunfähig, sondern nur vermindert rechtsfähig, da er nicht, wie der civis Romanus, — theoretisch — jedes subjektive Recht erwerben konnte, sondern nur in einzelnen Beziehungen als Rechtssubjekt anerkannt war.

Unsere heutige Rechtsordnung dagegen geht von der prinzipiellen rechtlichen Gleichwertigkeit aller Menschen aus; das liberale Element in unserer heutigen Kulturentwicklung hat die Verkehrtheiten vergangener Zeitalter in dieser Beziehung überwunden.

Die Tatsache aber, daß das jemals anders war und sein konnte, lehrt zur Genüge, daß das Begriffsmoment der »Rechtsfähigkeit« nicht in einer dem Menschen wesentlichen Eigenschaft liegt.

2. Was heißt nun »Rechtsfähigkeit« im Sinne des B. G. B.? Das Wort ist ein terminus technicus des Gesetzes und bedeutet nicht mehr und nicht weniger als die rechtliche Möglichkeit, in allen denjenigen Beziehungen stehen

zu können, die nach dem bürgerlichen Rechte als subjektive Rechte anerkannt sind, soferne nicht besondere Beschränkungen vorgesehen sind. »Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt«[1]) heißt demgemäß: Ein Mensch, jeder Mensch ist fähig aller privatrechtlichen subjektiven Befugnisse. Ob ihm freilich alle Berechtigungen auch tatsächlich zustehen, ist eine andere Frage. Rechtlich betrachtet, könnte ich sehr wohl Eigentümer einer Villa sein, faktisch aber stehen dieser Möglichkeit mehr als ein Hindernis entgegen.

Und in demselben Umfange, wie der Mensch, ist begrifflich auch die juristische Person rechtsfähig. Daß sie z. B. nicht Familienrechte haben kann, liegt nicht daran, daß ihr dies rechtlich verwehrt wäre, sondern an der Tatsache, daß z. B. eine Aktiengesellschaft nicht Ehefrau sein und keine Kinder haben kann, im Wesen der juristischen Person.[2])

Aber prinzipiell und begrifflich heißt eben der terminus technicus »Rechtsfähigkeit« die Möglichkeit, aller subjektiven Privatrechte teilhaftig zu werden. Umgekehrt läßt sich sagen: Wer oder was in allen den Beziehungen stehen kann, die subjektive Rechte genannt werden, ist rechtsfähig im Sinne des B. G. B., überhaupt des bürgerlichen Rechtes.

Ein vierzehnjähriger Knabe kann Eigentum haben, Pfandschuldner u. s. w. sein; aber, könnte man einwenden, er kann doch nicht rechtsgültig eine Ehe eingehen, kann ferner in den Regelfällen nicht selbständig Verträge schließen u. s. w.? Ist also doch die Definition der Rechtsfähigkeit und ihres Inhaltes falsch? Nein, denn die Definition hat diese Fälle durch ihren Zusatz gedeckt: ».... soferne nicht besondere Beschränkungen vorgesehen sind«. (Siehe oben!) Hierher gehören die angeführten Beschränkungen (§§ 1303, 106 ff. B. G. B.) Diese einzelnen, besonderen positiven Bestimmungen tun selbstverständlich der allgemeinen Rechtsfähigkeit keinen Eintrag. Es bleibt also dabei: Die rechtliche Möglichkeit,

---

[1]) § 1 B. G. B.

[2]) Vgl. dazu oben und Oertmann, a. a. O. Vorb. zu den jurist. Personen.

in allen den Beziehungen stehen zu können, die das Privatrecht als subjektive Rechte kennt, nennt man Rechtsfähigkeit.

3. Kennt nun aber das Recht, die Rechtsordnung auch Wesen, die nach positiven Bestimmungen nur in einzelnen solchen Beziehungen stehen können, die man subjektive Rechte nennt? Gibt es Fälle, in denen nicht etwa die Rechtsfähigkeit durch gewisse Vorschriften eingeengt wird, sondern in denen nur durch einzelne positive Normen Rechte gewährt werden? Die Frage ist entschieden zu bejahen. Wie im folgenden Paragraphen der Darstellung bewiesen werden wird, trifft das Gesagte auf den nasciturus zu. Er ist nicht etwa rechtsfähig im technischen Sinne der §§ 1, 21, 22 etc. B. G. B., sondern er kann nur einzelne subjektive Rechte haben.

Andererseits stehen wir jedoch vor der unbestreitbaren Tatsache, daß der Inhalt der Rechtsfähigkeit bedingt oder vielmehr bestimmt ist durch die Möglichkeit, subjektiver Rechte fähig zu sein; d. h. aber auch: Ein Wesen, das subjektive Rechte haben kann, kann nicht schlechthin als rechtsunfähig bezeichnet werden.

Es bleibt demnach kein anderer Ausweg, als die Möglichkeit, — theoretisch und hypothetisch — alle subjektiven Rechte haben zu können, als Rechtsfähigkeit im technischen Sinne, im Sinne des bürgerlichen Rechtes, als Rechtsfähigkeit κατ' ἐξοχήν oder besser als Vollrechtsfähigkeit zu bezeichnen, dagegen die Möglichkeit, nur in einzelnen Beziehungen stehen zu können, die man subjektive Rechte nennt, partielle oder beschränkte Rechtsfähigkeit zu nennen.

Dem B. G. B. ist der Ausdruck freilich fremd, nicht dagegen die Sache. Es hat unbewußt, wie noch näher zu erörtern sein wird, den Rechtsbegriff der partiellen Rechtsfähigkeit zwar nicht genannt, aber geschaffen. Im Banne der älteren Auffassung vom Wesen des Rechtssubjektes ist vom B. G. B. als Typus des Rechtssubjektes der Mensch betrachtet; ihm wurden dann die juristischen Personen rechtlich nachgebildet; eine andere Art des Rechtssubjektes kennt

das B. G. B. — ausdrücklich — nicht. Für das B. G. B. war eben die Rechtsfähigkeit der terminus technicus für die Möglichkeit ein vollwertiges Privatrechtssubjekt zu sein.

Und das war ein Hauptgrund, warum das Problem des nasciturus so ungeheuere Schwierigkeiten bereitete. Man folgerte: Der nasciturus ist nicht Mensch, also kann er nicht Rechtssubjekt sein; weil er nicht Rechtssubjekt sein kann, kann er keine subjektiven Rechte haben. Und doch soll er solcher teilhaftig werden? Aus diesem circulus vitiosus kann nur eine gründliche Revision des Begriffes »Rechtsfähigkeit« retten. Ohne den nasciturus als partielles Rechtssubjekt anzuerkennen, wird wohl die Lösung des Problems nicht möglich sein.

Dabei ist wohl zu bemerken, daß es sich bei dem Unterschiede zwischen Voll- und partieller Rechtsfähigkeit nicht etwa um einen qualitativen handelt; vielmehr ist nur eine quantitative Verschiedenheit zu konstatieren; denn nur die Summe der Möglichkeiten, in subjektiven Rechtsbeziehungen stehen zu können, ist verschieden groß, nicht etwa die Art der Möglichkeiten ist das unterscheidende Moment.

Es läßt sich demgemäß sagen: Die Rechtsfähigkeit ist — dogmatisch betrachtet — keine konstante, unveränderliche Größe. Ihr Inhalt bestimmt sich vielmehr durch die von der Rechtsordnung verliehene Möglichkeit, subjektive Rechte haben zu können, und da diese Möglichkeit nicht immer im gleichen Umfange besteht, so ist die Rechtsfähigkeit ein variabler Begriff. Die Rechtsfähigkeit kann sein:

a) Vollrechtsfähigkeit = Rechtsfähigkeit im Sinne der §§ 1, 21, 22 etc. B. G. B.,

b) partielle (Teil-) Rechtsfähigkeit, deren Anwendungsgebiet noch im Laufe der weiteren Erörterungen näher bezeichnet werden wird.

4. Ist nun der Begriff einer partiellen Rechtsfähigkeit etwas ganz Neues und Unerhörtes? Keineswegs; denn schon im römischen Rechte gab es verschiedene Arten von Rechtspersönlichkeit; vollrechtsfähig war nur der römische Bürger. Neben ihm gab es Personen, die nicht in dem Umfange rechtsfähig waren wie er: z. B. die Peregrinen, die Latini

Juniani u. s. w. Die letzteren hatten nur das jus commercii, nicht auch conubii, d. h. sie konnten nicht in all den Beziehungen stehen, die das Privatrecht als subjektive Rechte anerkannte, sondern nur teilweise, sie waren daher partiell rechtsfähig. Der letztere Begriff ist demnach so alt wie das Recht selbst; freilich haftet ihm der üble Beigeschmack an, daß durch ihn unter den Rechtsgenossen Ungleichheit und Ungerechtigkeit bestehe, eine Tatsache, die natürlich beim nasciturus nicht zutrifft.

§ 21.

II. Die Leibesfrucht des bürgerlichen Rechtes und ihre partielle Rechtsfähigkeit.

1. Bevor zu dem Beweise des Vorliegens wirklicher subjektiver Rechte der Leibesfrucht übergegangen werden soll, ist es nötig, vorweg jenen zweiten großen Fehler zu nennen, der bei den Lösungsversuchen mehr oder minder deutlich zu Tage tritt: er liegt in der falschen Auffassung des Begriffes: Leibesfrucht.

»Leibesfrucht« im Sinne des bürgerlichen Rechtes ist nur der werdende Mensch, nicht die Leibesfrucht als solche, als pars viscerum matris, als Embryo. Nur diejenige Leibesfrucht, die am Tage der Geburt als Mensch erstehen wird, ist Leibesfrucht im Sinne des bürgerlichen Rechtes. Ich betone ausdrücklich: Das bürgerliche Recht kennt überhaupt nur eine solche Leibesfrucht. Alle Autoren, die den Unterschied zwischen der Leibesfrucht schlechthin und der Mensch werdenden Leibesfrucht hervorheben, sprechen nur von einer rechtlichen »Berücksichtigung der Leibesfrucht als eines künftig existierenden Menschen, d. h. eines künftigen Rechtssubjekts« und sprechen davon, daß keinerlei Rechte entstanden seien, wenn diese (!) Leibesfrucht tot geboren werde. Dagegen ist zu sagen, daß das B. G. B. eine Leibesfrucht, die nicht als Mensch geboren wird, überhaupt nicht kennt. Das ist selbstverständlich, daß nur der werdende Mensch berücksichtigt wird, denn ein vernünftiger Grund, einen Teil

der Eingeweide der Mutter als solchen zu berücksichtigen, läßt sich schwerlich denken. Ich aber möchte hervorheben, daß das bürgerliche Recht eine Leibesfrucht, die nicht ein werdender Mensch ist, überhaupt nicht kennt.

Wenn § 844II B. G. B. und § 3 R. H. Pfl. G. im Falle der Tötung des Unterhaltspflichtigen oder desjenigen, der es eventuell werden kann, davon sprechen, daß die Ersatzpflicht auch dann eintrete, »wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war«, wenn ferner § 1912 B. G. B. von den »künftigen Rechten« der Leibesfrucht spricht, wenn § 1923II B. G. B. sagt: »wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte«, wenn sich ferner § 1716 B. G. B. dahin faßt, daß »schon vor der Geburt des Kindes (!)« der Unterhaltsbeitrag sichergestellt werden könne und wenn endlich §§ 1963, 2043 und 2141 B. G. B. von der zur Zeit des Erbfalls zu erwartenden »Geburt eines Erben (Nacherben)« sprechen, so geht wohl mit Evidenz aus der Art der Ausdrucksweise des Gesetzes hervor, daß es sich nur um den werdenden Menschen handelt, daß es eine andere Leibesfrucht als diejenige, die lebendig als Mensch geboren wird, überhaupt nicht kennt, geschweige denn berücksichtigt.

2. Es kann keine Rede davon sein, daß in dem Falle des Vorhandenseins eines Embryos die Rechte letzterem unter der Bedingung zufallen, daß er ein lebender Mensch wird; nein, es gibt nur zwei Möglichkeiten: entweder entstehen Rechte oder es entstehen keine. Im ersteren Falle ist es notwendig, daß die Leibesfrucht eine solche im Sinne des Gesetzes ist; im letzteren jedoch ist sie eine solche nicht.

Mit anderen Worten: Wenn Rechte entstehen, so müssen in der Gegenwart jene physiologischen und sonstigen Voraussetzungen vorhanden sein, welche einst einen Menschen erstehen lassen.

Daß nun in der Tat für die Leibesfrucht bereits in der Gegenwart Rechte entstehen, dafür entnehme ich ein wohl untrügliches Argument aus § 844II B. G. B., wo es heißt: »Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.«

Die präsentische Ausdrucksweise zeugt davon, daß die

Ersatzpflicht schon in dem Momente eintritt, als der Unterhaltungspflichtige getötet wurde. Sie tritt nicht ein, wenn der Erzeugte niemals als lebendiger Mensch geboren wird, sondern nur dann, wenn der Erzeugte jetzt noch nicht geboren ist, später jedoch geboren wird, was in dem Worte »noch« liegt.

Es tritt also die Ersatzpflicht bereits in der Gegenwart ein, wenn eine Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes vorhanden ist.

Das Korrelat dieser Ersatzpflicht aber besteht in einer Berechtigung; denn im Allgemeinen kann, wie schon oben hervorgehoben wurde, der Grundsatz aufgestellt werden: keine Rechtspflicht ohne ein ihr entsprechendes Recht. Die Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes erwirbt demgemäß ein Recht auf Unterhalt; ein subjektives Recht. In einer Beziehung stehen können, die man subjektives Recht nennt, heißt aber, wie oben dargetan wurde, rechtsfähig sein. Wäre das nur in einem einzigen Falle möglich, müßte schon von einem rechtsfähigen Wesen gesprochen werden; die Leibesfrucht kann jedoch auch ein Erbrecht erwerben, eine Tatsache, die das von mir behauptete Vorliegen einer partiellen Rechtsfähigkeit rechtfertigt.

3. Ob nun freilich im einzelnen Falle eine Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes vorhanden ist oder nicht, entzieht sich für die Gegenwart der Beobachtung. Man kann nicht erkennen, ob die Leibesfrucht eine solche ist, die einmal als Mensch existieren wird, der also Rechte anfallen, oder ob eine solche Leibesfrucht nicht vorhanden ist. Es handelt sich jedoch nicht um das objektiv unbestimmte Entstehen eines Rechtssubjektes, sondern nur um eine subjektive Ungewißheit darüber, ob eine Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes vorhanden ist oder nicht.

Diese meine Ansicht über das Wesen der Leibesfrucht war auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen längst festgestanden, als ich zu meiner Ueberraschung in Oertmanns Kommentar und bei Stammler selbst las, daß letzterer bereits einer »subjektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjekts« im Falle des Vorhandenseins eines nasciturus das Wort gesprochen hat und in diesem Punkte meine Auffassung stützt.

Während aber ich auf Grund des positiven Rechtes, also durch die induktive Methode, zu dieser Anschauung gelangt bin, löst Stammler das Problem auf rein theoretischem Wege in rein aprioristischer Weise, wenn er sagt: »Der Begriff des Rechtssubjekts ist eine notwendige formale Bedingung für die wissenschaftliche Erfassung und Bestimmung von besonderem Rechtsinhalte, es ist sonach bei dem Festhalten dieses Zieles nicht angängig, ihn auch einmal gänzlich aus dem juristischen Denken wegzulassen und doch noch mit diesem in der Einheit der Rechtsbetrachtung zu verbleiben Darum kann von einer objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjektes zwar für die Zukunft unter bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden, — für die Gegenwart aber vermag es nur eine subjektive Ungewißheit zu geben: Das schon vorhandene Bestehen eines Rechtssubjektes muß in jedem Falle als Sinn des maßgeblichen rechtlichen Wollens angenommen werden, soll für dieses die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Einsicht bestehen.«[1])

Kurz und nüchtern gesagt, will Stammler deswegen eine nur subjektive Ungewißheit des Rechtssubjektes annehmen, da dies ihm für gegenwärtige Rechte wissenschaftlich notwendig erscheint, ohne den Beweis aus dem positiven Rechte zu bringen.

Wenn nun Oertmann der Stammler'schen und damit auch meiner Auffassung vorwirft,[2]) es handle sich beim nasciturus um eine objektive Unbestimmtheit mindestens in demselben Sinne, wie bei allem irdischen Geschehen, so ist diesem Einwand insofern stattzugeben, als er keinen Unterschied gemacht wissen will zwischen »irgend einem irdischen Geschehen« und der Geburt einer Leibesfrucht. Andererseits ist aber dem entgegenzuhalten, daß alles irdische Geschehen objektiv fest bestimmt und im Kausalitätsgesetz begründet ist. Jedes irdische Ereignis ist die Wirkung einer Summe von Ursachen, die uns in ihrer Totalität zwar meistenteils verborgen bleiben. Von einem Zufalle können wir nur

[1]) Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes (Festschrift für die jur. Fakultät Gießen, Gießen 1907) S. 445 (21), S. 441 (17).

[2]) Oertmann, a. a. O.

insofern sprechen, als für uns Menschen ein Ereignis unberechenbar ist, unabhängig von unserem Wissen und Willen eintritt. Alles irdische Geschehen aber ereignet sich — objektiv — mit unbedingter Notwendigkeit so, wie es eben sich ereignet, nur uns Menschen sind die Grundlagen und Ursachen des Geschehens unbekannt, daher das Geschehene selbst überraschend und ungewiß.

Und so ist es denn auch bei der Leibesfrucht: Es liegen in der Gegenwart schon alle diejenigen Bedingungen vor, welche eine Leibesfrucht im Sinne des Gesetzes, d. h. eine solche, die künftig als Mensch geboren werden wird, erzeugen oder sie liegen nicht vor.

Es kann daher zwar im Falle des Vorhandenseins einer Leibesfrucht nicht gesagt werden, ob wirklich eine »gesetzliche Leibesfrucht« vorhanden ist und ob infolgedessen Rechte derselben vorhanden sind. Und ist denn das so ungeheuerlich und verwunderlich, daß Rechte und Rechtssubjekte existieren, die nicht erkannt und wahrgenommen werden? Ich setze den Fall: Ein dreizehnjähriges Kind tritt eine Erbschaft an und hat von seinen Rechten selbstverständlich noch keine Vorstellung. Nachdem es groß geworden ist, befinden sich mehrere Gegenstände dieser Erbschaft in verschiedenen Händen. Kein Mensch weiß, wem die Gegenstände gehören. Sind deswegen die Rechte untergegangen? Keineswegs. Nur das Subjekt und das Bestehen von Rechten ist keinem Menschen bekannt, aber objektiv bestehen die Rechte, besteht das Subjekt.

Bei der Leibesfrucht ist die Situation nur insoferne etwas komplizierter, weil hier auch das körperliche, leibliche Rechtssubjekt als solches subjektiv unbestimmt ist, was jedoch einer analogen Behandlung und Auffassung nicht im Wege steht.

Um noch einmal kurz die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung zusammenzufassen: Das Gesetz spricht einerseits einzig und allein von derjenigen Leibesfrucht, die einstens als Mensch das Licht der Welt erblicken wird, wofür gegenwärtig objektiv die Voraussetzungen bereits vorliegen oder nicht, andererseits läßt es, wie aus § 844 II und § 1923 II zu entnehmen ist, in der Gegenwart schon Rechte entstehen;

die Rechte selbst jedoch sind nur vereinzelt, da die Leibesfrucht nicht allgemein als Rechtssubjekt anerkannt ist und ferner ist dieses partielle Rechtssubjekt sowohl wie auch das Bestehen der Rechte subjektiv unbestimmt.

§ 22.

III. Die „künftigen" Rechte der Leibesfrucht.

Da die Leibesfrucht in der positiven Rechtsordnung naturgemäß nur um des künftig aus ihr entstehenden Menschen willen als partielles Rechtssubjekt figuriert, und da das Vorhandensein einer »gesetzlichen Leibesfrucht« erst am Tage der Geburt erkannt werden kann, so ist die Wirksamkeit all der Rechtsverhältnisse, die um der »gesetzlichen Leibesfrucht« willen entstanden sind, durch die Geburt »bedingt«. Wenn der Leibesfrucht Unterhaltsrechte oder Erbrechte zufallen, so setzt doch ihre Wirksamkeit erst im Momente der Geburt ein; vorher hat sie ja kein Interesse daran. Konsequent der entwickelten Auffassung vom Wesen der »gesetzlichen Leibesfrucht« handelt es sich jedoch nicht etwa um eine Rechtsbedingung oder um ein Analogon; vielmehr muß gesagt werden: Für die »gesetzliche Leibesfrucht«, d. h. für diejenige, für welche in der Gegenwart alle physiologischen und sonstigen Voraussetzungen zur Menschwerdung vorliegen, will sagen für die Leibesfrucht, die eben einstens Mensch wird, ist die Geburt nicht ein ungewisses, sondern ein mit unabänderlicher, nur nicht erkennbarer, subjektiv unbestimmter, objektiv aber feststehender Notwendigkeit eintretendes Ereignis. Es handelt sich für die »gesetzliche Leibesfrucht« nicht um eine Bedingung, sondern um eine gesetzliche Zeitbestimmung, um einen dies juris.

Wenn man mir nun entgegenhält, das Wesen des dies bestehe eben gerade darin, daß er subjektiv gewiß sei, so ist dem zu erwidern, daß es sich hier nicht um einen rechtsgeschäftlichen Termin, sondern um einen spezifisch gesetzlichen und eigenartigen Termin handelt.

Nur auf dem angegebenen Wege ist der Ausdruck des

Gesetzes in § 1912 B. G. B. zu erklären, durch den der »Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte . . . .« ein Pfleger genehmigt wird.

Auch die Tatsache, daß ein Pfleger aufgestellt wird, wenn ein Bedürfnis hierfür vorhanden ist, kann durch die eben aufgestellte Theorie erklärt werden. Es liegt im Wesen der Pflegschaft, daß sie eine gesetzliche Vertretung nur für einzelne Rechtsverhältnisse schafft. Da nun die »gesetzliche Leibesfrucht« nur einzelne Rechte erwerben kann, so erhält sie eben einen Pfleger, der auch hier »gesetzlicher Vertreter« eines, wenn auch nur partiellen Rechtssubjektes ist.

Das nun gewonnene Resultat läßt sich folgendermaßen formulieren: **Die Rechte der Leibesfrucht im Sinne des bürgerlichen Rechtes, d. h. der einst Mensch werdenden Leibesfrucht, sind gesetzlich befristete Rechte eines subjektiv unbestimmten, partiellen Rechtssubjektes.**

§ 23.

IV. Die erbrechtliche Fiktion des § 1923 II B. G. B.

Nun gilt es, noch auf einen scheinbaren Widerspruch aufmerksam zu machen, der die Theorie umzustürzen droht. Es ist die leidige Fiktion des § 1923 II B. G. B.

Man könnte nämlich einwenden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es beabsichtigt hätte, die einstens als Mensch geboren werdende Leibesfrucht als partielles Rechtssubjekt anzuerkennen, es nicht nötig gehabt hätte, sie als im Momente des Erbfalls als bereits geborenen Menschen zu fingieren.

Jedoch kommt meines Erachtens die Fassung dieses Paragraphen, gegen welche, wie schon oben gezeigt wurde, mit Recht schon Endemann scharf polemisiert hat, einerseits davon her, daß sich das Bürgerliche Gesetzbuch seiner eigenen Regelung der, wie ohne weiteres zugegeben werden muß, schwierigen Materie nicht klar bewußt geworden ist, andererseits aber besonders davon, daß das Bürgerliche Gesetzbuch ängstlich und übertrieben darauf bedacht ist, dem

Grundsatze der Unmittelbarkeit von Erbfall und Erbanfall gerecht zu werden und die Fiktion deswegen nicht entbehren zu können glaubt, um den Begriff einer hereditas jacens zu eliminieren. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es für nötig gefunden, im Falle einer Erbschaft des nasciturus ein vollrechtsfähiges Wesen, das in Wirklichkeit nicht existiert, zu fingieren, um auf diesem Wege gewaltsam — eine Fiktion ist ja immer eine Vergewaltigung widerspenstiger Verhältnisse — den Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht zu verletzen. Es ergibt sich daraus, daß, wie auch Endemann von einem anderen Gesichtspunkte aus schon dargelegt hat (s. oben!), die Fiktion des § 1923 II nur für das Erbrecht Bedeutung hat und eine Verlegenheitsschöpfung insoferne ist, als sich das Bürgerliche Gesetzbuch einerseits der (partiellen) Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht nicht bewußt ist, während es dieselbe materiell und praktisch doch anerkennt und als es andererseits eines Rechtssubjektes bedarf, um das Prinzip der Unmittelbarkeit im Erbrechte zu wahren. Man hätte analog der Bestimmung des § 844 II des B. G. B. sagen können: Erbfähig ist auch die Leibesfrucht, die zur Zeit des Erbfalls erzeugt, aber noch nicht geboren war. Dann wäre, da ja die »gesetzliche Leibesfrucht« ein partielles Rechtssubjekt ist, dem Grundsatze der Unmittelbarkeit auch Genüge geschehen. So aber fehlt im Gesetze die Einheitlichkeit der einzelnen Schutzbestimmungen der Leibesfrucht und die Fiktion des § 1923 II bedeutet nur eine Salvierung gegen den Vorwurf der Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit; im letzten Grunde mag wohl die Fiktion des gemeinen Rechts eine Hauptursache gebildet haben, daß sie auch heute noch im Bürgerlichen Gesetzbuch ein keineswegs erfreuliches Dasein fristet.

§ 24.

V. Besonderheit der partiellen Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht.

Aus dem Wesen des Rechtsinstitutes, d. h. aus der Tatsache, daß die Leibesfrucht nicht um ihrer selbst willen,

sondern nur im Hinblick auf den künftig aus ihr entstehenden Menschen partiell rechtsfähig ist, ergibt sich für sie eine Besonderheit der Art ihrer Rechtssubjektsqualität: Die Teilrechtsfähigkeit der Leibesfrucht ist nicht selbständig und unabhängig, ist vielmehr nur gewissermaßen ein Vorgreifen der Vollrechtsfähigkeit des Menschen, so daß die Rechte, welche die Leibesfrucht erwirbt, nicht etwa auf Grund eines besonderen Titels erst auf das »andere«, vollrechtsfähige Wesen, den Menschen, übergehen; nein, die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht mündet ohne weiteres und naturgemäß in die des Menschen ein und erstere ist nur ein Ausfluß der letzteren.

Was die Leibesfrucht an Rechten erwirbt, erwirbt sie als werdender Mensch und behält sie als gewordener Mensch. Die Rechte gehen also nicht auf ein »anderes« Rechtssubjekt im Momente der Geburt über, sondern »verbleiben« demselben Wesen, dessen partielle Rechtsfähigkeit sich zur Vollrechtsfähigkeit erweitert hat. Man kann infolgedessen auch sagen: Der Mensch besitzt im Stadium der Leibesfrucht partielle Rechtsfähigkeit.

---

2. Kapitel.

Die Konsequenzen der Theorie.

§ 25.

I. Die Konsequenzen im materiellen Rechte.

Die »gesetzliche Leibesfrucht« ist partiell rechtsfähig, woraus sich ergibt, daß ihre Rechtsfähigkeit soweit, aber auch nur soweit reicht, als die Rechtsordnung den werdenden Menschen in solchen Beziehungen stehen läßt, die man subjektive Rechte nennt; der Inhalt der Rechtspersönlichkeit wird ja gerade durch den Umfang der Möglichkeit subjektiv berechtigt zu sein, bestimmt.

Eine andere Frage ist es, ob die positiven Bestimmungen des Gesetzes (§§ 844 II, 1912, 1923 II, 1716, 1963, 2043,

2141 B. G. B., 3 R. H. Pfl. G. etc.) die Berechtigungsmöglichkeiten der Leibesfrucht völlig erschöpfen oder ob sie nicht etwa durch die Interpretationsmethode der Analogie erweiterungsfähig sind. Und diese Frage ist entschieden zu bejahen. Man wird von Fall zu Fall Vorsicht walten lassen müssen; aber ohne die Zulassung von Analogieschlüssen wäre doch ein modernes bürgerliches Recht schlechterdings unbrauchbar, selbst wenn es die Kasuistik auf die Spitze treiben würde.

Die Bestimmungen über die Leibesfrucht wird man demgemäß für analog erweiterungsfähig erklären und z. B. »wegen Gleichheit des Grundes« mit Rehbein und Oertmann [1]) eine Schenkung für zulässig und wirksam halten.

Die Pflegschaft ist natürlich nur insoweit zulässig, als Rechte der Leibesfrucht vorhanden sind, nicht darüber hinaus. [2])

§ 26.

II. Die Konsequenzen im Prozessrecht.

Wenn die Leibesfrucht ein partielles Rechtssubjekt ist, so kann es nicht einen Augenblick zweifelhaft erscheinen, welche Stellung ihr im Prozeßrechte anzuweisen ist.

§ 50 C.P.O. erklärt den »Rechtsfähigen«, d. h. den Vollrechtsfähigen für schlechthin parteifähig, für voll-parteifähig. Der Begriff der Parteifähigkeit korrespondiert mit dem Begriffe Rechtsfähigkeit und es wird daher die Folgerung nicht gewagt erscheinen, daß einer partiellen Rechtsfähigkeit eine partielle Parteifähigkeit entspricht. [3])

---

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 6.

[2]) Vgl. auch Soergel, Rechtsprechung 1901/02, Anm. 1 b, c; S. 1.

[3]) Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8./9. Aufl. Tübingen 1906, 1. Bd. Anm. IIa zu § 50 C.P.O.; S. 137, der auch davon spricht, daß die Leibesfrucht »insoweit parteifähig sein muß« und der diese Parteifähigkeit als eine auflösend bedingte ansieht. Vgl. auch Gruchots Beiträge, Bd. XXXVII, S. 913; Seuffert, Kommentar zur C.P.O. 1907, Bd. I, S. 75; Petersen, Kommentar zur C.P.O. 1904, Bd. 1, S. 127. Derselbe in »Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß«, hgg. von Schultzenstein und Vierhaus, Berlin 1893; Bd. 18, S. 54 ff.; Struckmann-Koch, Kommentar zur C.P.O. 1910, S. 49.

Von diesem allgemeinen Prinzipe sowohl, wie von dem Begriffe der »gesetzlichen Leibesfrucht« aus sind alle prozeßrechtlichen Fragen zu lösen.

Wenn z. B. das Oberlandesgericht Dresden[1]) im allgemeinen eine Feststellungsklage gegen die Leibesfrucht versagte, so kann natürlich davon keine Rede sein, daß überhaupt, schlechthin, jede Feststellungsklage unzulässig sei; denn insoweit es sich um subjektive Berechtigungen der Leibesfrucht handelt, die ihr vom bürgerlichen Rechte gewährt werden, insoweit erzeugen diese subjektiven Rechte auch einen Rechtsschutzanspruch und insoweit ist auch nicht bloß eine Leistungs-, sondern auch eine Feststellungsklage möglich. Dieser Auffassung scheint auch das O. L. G. Dresden zu sein, wenn es in seinen Entscheidungsgründen ausführt, daß »die hier nicht einschlagenden Ausnahmen in §§ 844, 1592, 1717, 1923 und 2101 keine Ausdehnung gestatten.«

Man kann das Resultat der materiellrechtlichen Erörterungen für die prozeßrechtliche Stellung der Leibesfrucht folgendermaßen formulieren: Die »gesetzliche Leibesfrucht« ist insoweit, als sie rechtsfähig ist, auch aktiv und passiv parteifähig; aber selbstverständlich ist diese ihre Parteifähigkeit nicht etwa eine auflösend bedingte. Nein; denn diejenige Leibesfrucht, die nicht als lebender Mensch geboren wird, ist und war nie rechts- und nie parteifähig, selbst wenn ihretwegen Millionenprozesse geführt worden wären.

Auf demselben Wege ist die Kostenfrage zu entscheiden. Würde es sich um eine auflösend bedingte Parteifähigkeit handeln, wie Gaupp-Stein annimmt, so würde das zu sonderbaren Ergebnissen führen. Ich nehme den Fall an: der Pfleger der Leibesfrucht hat eine Klage erhoben; diese wird aber aus materiellen Gründen in kurzer Zeit abgewiesen. Die Leibesfrucht wird tot geboren, nachdem der Prozeß entschieden ist. Nach der Ansicht Gaupp-Steins wäre also hier der Leibesfrucht, von welcher das Gesetz

---

[1]) Vgl. Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Bd. II., S. 832 ff.

nichts weiß, da es nur den »werdenden Menschen« schützt, die Kostenpflicht bereits zugefallen; denn vor der Geburt war sie — auflösend bedingt — parteifähig. Es könnte sonach gegen die Leibesfrucht vollstreckt werden.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Es ist vielmehr zu sagen, daß es sich um die subjektive Ungewißheit handelt, ob überhaupt eine Partei vorhanden ist. Ich stimme im Ergebnis Planck [1]) zu, wenn er sagt, daß der Pfleger von niemand den Ersatz etwaiger Aufwendungen und die ihm an sich gebührende Vergütung fordern kann. Dagegen mit seiner Analogie, daß »das Verhältnis nicht anders sei, als wenn der Vormund eines vermögenslosen Mündels Aufwendungen machen mußte«, kann ich nicht einverstanden sein; denn in unserem Falle ist ein Pflegling überhaupt nie dagewesen. Die Sachlage ist theoretisch folgende: Es hat eine nur angebliche Partei den Prozeß geführt; in Wirklichkeit war keine vorhanden. Die Kostenpflicht kann aber nur einer Partei entstehen. Es ist also eine Kostenpflicht überhaupt nicht entstanden, da keine Partei vorhanden war. Es sind nur Kosten, aber es ist keine Kostenpflicht vorhanden.

Daß der Staat, der Pfleger, der Gegner tatsächlich Kosten gehabt haben, ist bedauerlich, aber nicht zu ändern. Sie können deshalb nicht zu ihrem Gelde kommen, da kein Schuldner vorhanden ist.

Vormundschaft und Pflegschaft sind eben — manchesmal recht drückende — Pflichten des deutschen Staatsbürgers.

---

[1]) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1906, 3. Aufl., 4. Bd. S. 813, Anm. 7 zu § 1912.